نهج الفقاهة

تأليف

سماحة آية الله العظمى

السيد محسن الطباطبائي الحكيم قدس سره

تحقيق

جواد القيّومي الإصفهاني

بسم الله الرحمن الرحيم

نهج الفقاهة

تأليف

سماحة آية الله العظمى

السيد محسن الطباطبائي الحكيم قدس سره

تحقيق

جواد القيّومي الإصفهاني

دار الفقه للطباعة والنشر
اسم الكتاب : نهج الفقاهة
المؤلف : سماحة آية الله العظمى السيد محسن الطباطبائي قدس سره
الطبعة : الأولى
عدد المطبوع : ١٠٠٠ نسخة
تاريخ الطبع : ١٤٢١ هـ ق ـ ١٣٧٩ هـ ش
المطبعة : شريعت
شابك : ٩٦٤ ـ ٦٩٠٩ ـ ٢٨ ـ ٠ ISBN 964 - 6909 - 28 - 0
ص.ب. ٣٧١٨٥ ـ ٣٦٦٣ ـ تلفن: ٧٣٤٨٧٣ ـ ٢٥١ ـ ٩٨+

بسم اللّه الرحمن الرحيم

مقدمة المحقق

الحمد للّه ربّ العالمين، و الصّلاة و السّلام على محمّد خاتم النبيين و على عترته الطاهرين.

أمّا بعد، فمن أشرف العلوم قدراً و أرفعها شأناً بعد العلم بالمعارف الالهية هو العلم بالاحكام الشرعية، و قد أصبح في عصرنا الحاضر كتاب المكاسب للشيخ الاعظم مرتضى الانصارى قدّس سرّه محطّاً للانظار و محوراً لابحاث العلماء، و ممّن جعله محوراً لمحاضراته الفقهية هو آية اللّه العظمى السيّد محسن الطباطبائي الحكيم قدّس سرّه، و هذا الكتاب تقرير محاضراته.

و قد شرح قدّس سرّه كتاب البيع من مكاسب الشيخ الاعظم قدّس سرّه على نهج التعليق، لكن لمّا وصل الى شروط المتعاقدين عدل عن التعليق، قال نفسه:

«الى هنا انتهى ما أردنا ايراده من شرح كلمات شيخنا الاعظم قدّس سرّه، و نحن على أمر عظيم من تشويش الفكر و قلق البال و اضطراب الاحوال و ارتباك الشؤون الشخصية و النوعية، كلّ ذلك من جراء الحرب العالمية الثانية، و لا حول و لا قوّة الاّ باللّه العلي العظيم.

و بالنظر لهذا الامر العظيم العام لم يتّسع الصدر للتعليق على عبارات شيخنا الاعظم رحمه اللّه بالشرح، بل اتّخذنا خطّة اخرى هي أخف مؤونة

علينا و على حضّار درسنا ، و هو البحث في كلّ مسألة من مسائل هـذا الكتاب الشريف على الاستقلال مع التعرّض لمطالب شيخنا ﷺ عـلى الترتيب الّذي نهجه ، و ما توفيقي الاّ باللّه عليه توكّلت و اليه انيب ، و هو حسبنا و نعم الوكيل ».

و على هذا المبنى تمّ ﷺ كتاب البيع ، أمّا لا يوجد من كتاب الخيارات الاّ وريقات من أوّله ، قال ولده العزيز السيّد يوسف الطباطبائي الحكيم رحمه الله :

« كانت النيّة منعقدة على اتباع الجزء الاوّل من كتاب نهج الفقاهة بجزئه الثاني الّذي هو تعليق على مباحث الخيارات من مكاسب شيخنا الاعظم الانصاري ﷺ في الطبع و النشر ، و لكن سيّدي الوالد المؤلف مدّ ظـله العالي لم يشأ أن ينشر الآن قبل أن ينظر فيه مجدّداً ، نظراً الى أنّ العهد على تأليفه قد بعد بُعداً لا يقلّ عـن ثـلاثين عـامّاً ، و لعـلّ الوقت يـتّسع و التوفيق يساعد على تجديد النظر فيه ، و اللّه سبحانه ولي التوفيق .

و لكن هناك وريقات من أوّله قـد سـنحت الفـرصة فـي عـهد مـاض بتجديد النظر فيها ، فألحقناها بالجزء الاوّل ، حبّاً للاسراع الى ابراز مـا فيها من فوائد ، و اللّه الموفّق و المعين ، و هو حسبنا و نعم الوكيل ».

طبع هذا الكتاب لاوّل مرّة في النجف الاشرف ، و جدّد نشره في قم المقدّسة ، و قد وفّقني الله سبحانه عـلى تـحقيقه و تـصحيحه بـعد أن وفّقني لتحقيق كتاب مصباح الفقاهة لسيّد مشـائخنا السـيد ابـوالقـاسم الخوئي ﷺ ، نسأل اللّه تعالى أن يتقبّل منّا بمنّه و كرمه ، انّه خير مجيب.

جواد القيّومي الاصفهاني
١٣٧٩/٩/٩

كتاب البيع

بسم اللّه الرحمن الرحيم

الحمد للّه ربّ العالمين، و الصّلاة و السّلام على محمّد و آله الطّاهرين، و اللعنة الدائمة على أعدائهم أجمعين.

اللّهم اني أستعين بك، و استكفيك، و أتوكّل عليك، فأعنّي و اكفني، و كن حسبي، و لا حول و لا قوّة الاّ بك.

حقيقة البيع

مفهوم البيع

قوله رحمه الله: و هو في الاصل - الخ.

لا يخفى أنّه اذا باع زيد فرسه على عمرو بدينار، فهناك أمور:

١ - العهد الواقع بين زيد و عمرو، و هو التزام كلّ منها في نفسه ببيع الفرس بالدينار، و هذا الالتزام أمر حقيقي قائم في نفس كلّ منهما، و هو فعل اختياري تتعلّق به الارادة و الكراهة، و هو من زيد ايجاب، و من عمرو قبول، و من زيد ابتداء، و من عمرو امضاء، فالفرق بينهما من قبيل الفرق بين الاعطاء و الاخذ.

و لاجل ما بين الالتزامين المذكورين من الربط الخاص، عبّر عنهما بالعقد، و الاّ فالعقد ينبغي أن يعبّر به عن الربط الخاص بين العهدين،

كأنّ أحدهما معقود بالاخر و مشدود به ، و لذا شـاع فـي عـرفنا اليـوم قولهم : عقد معاهدة ، فالايجاب و القبول ينبغي أن يعبّر عنهما بموضوع العقد لا بالعقد نفسه .

و قد يطلق العقد على نفس البيع المسبب عن العقد بالمعنى الاوّل ، و سيأتي التعرّض لذلك في كلام الشهيدين.

٢ ـ المبادلة بين الفرس و الدينار ، فانّ الدينار بدل و الفرس مبدل منه ، و الدينار عوض و الفرس معوّض عنه ، و هي نوع من الاضافة اعتباري محض لا ذات له في الخارج و لا وجود ، و موضوعه طرفا المعاوضة ، و هما الفرس و الدينار ، كما أنّه موضوع للامر الاوّل بمعنى أنّه مـتعلّق لذلك الالتزام و العهد ، فانّه الامر المعهود و الملتزم به .

٣ ـ اللفظ الحاكي عن الايجاب و القبول ، مثل قول زيد : بعتك فرسي بدينار ، و قول عمرو : قبلت ، فانّ «بـعت» حـاك بـالمطابقة عـن البـيع ، و بـقرينة وروده مـورد الانشـاء يـدلّ بـالالتزام عـلى الالتـزام النـفسي ، و «قبلت» يدلّ بالمطابقة على الالتزام النفسي .

و من ذلك يظهر أنّ مفهوم البيع هو الامر الثاني ، أعني الامر الاعتباري الملتزم به ، الّذي ينشؤه الموجب بقوله : بعت ، اذ لا ريب في أنّ «بعت» لانشاء البيع ، فالبيع هو الامر المنشأ ، و هو الامر الثاني ، لا نفس الالتزام المقوّم للانشاء ، و لا اللفظ الدالّ عـليه ، ضـرورة مـباينة اللـفظ لمـعناه مفهوماً و خارجا .

و لذا قال في المصباح : «الاصل في البيع مبادلة مال بمال ـ الى أن قال : ـ لكنّه اطلق على العقد مجازاً لأنّه سبب التمليك و التمّلك ، و قـولهم :

صحّ البيع أو بطل و نحوه أي صيغة البيع ـ الخ »[١] ، و ان كان في بقيّة كلامه نظر .

قوله رحمه الله : **و هو في الاصل .**

يعني أصل اللغة ، و قد يعطى ظاهر العبارة صحّة التعريف المذكور لكنّه ليس بمراد ، كما يظهر ممّا يأتي .

المبيع و وجه اختصاصه بالاعيان

قوله رحمه الله : **و الظاهر اختصاص المعوض .**

كما هو المتبادر منه ، و لا ينافيه ما في المصباح ، لعدم ظهور كون المال يعمّ المنفعة ، بل لا يبعد ظهوره في خصوص العين كما يساعده المتفاهم العرفى .

و ظاهر غير واحد من أهل اللغة ، بل صريح مجمع البحرين ذلك ، قال : «المال في الاصل الملك من الذهب و الفضة ثمّ اطلق على كلّ ما يقتنى و يملك من الاعيان »[٢] .

قوله رحمه الله : **و عليه استقرّ اصطلاح ـ الخ .**

كما يقتضيه مقابلتهم بين البيع و الاجارة ، فبحثوا عنهما في بابين.

قوله رحمه الله : **في كلمات بعضهم في نقل ـ الخ.**

الظاهر انّ الاستعمال المذكور كان تبعاً للنصوص ، فلاحظ كلماتهم في باب بيع المدبّر و اجارته ، و لم يعهد لهم غير ذلك .

قوله رحمه الله : **الدالّ على جواز .**

---

١ ـ المصباح للفيومى : ٦٩.

٢ ـ مجمع البحرين ٥: ٤٧٥ ، لسان العرب ١١: ٦٣٦.

كخبر السكوني عن علي عليه‌السلام قال عليه‌السلام : «باع رسول اللّه صلى‌الله‌عليه‌وآله خدمة المدبّر و لم يبع رقبته»[١]، و نحوه غيره.

قوله رحمه‌الله : **و بيع سكنى الدار.**

في خبر اسحاق بن عمار عن العبد الصالح عليه‌السلام قال : «سألته عن رجل في يده دار ليست له، و لم تزل في يده و يد آبائه من قبله، قد أعلمه من مضى من آبائه أنّها ليست لهم و لا يدرون لمن هي، فيبيعها و يأخذ ثمنها؟ قال عليه‌السلام : ما أحبّ أن يبيع ما ليس له، قلت : فانّه ليس يعرف صاحبها و لا يدري لمن هي و لا أظنّه يجيء لها ربّ أبداً، قال عليه‌السلام : ما احبّ أن يبيع ما ليس له، قلت : أيبيع سكناها أو مكانها في يده، فيقول لصاحبه : أبيعك سكناي و تكون في يدك كما هي في يدي ؟ قال عليه‌السلام : نعم يبيعها على هذا»[٢].

قوله رحمه‌الله : **بيع الارض الخراجية.**

في رواية ابي بردة : «كيف ترى في شراء أرض الخراج ؟ فقال عليه‌السلام : من يبيع ذلك و هي أرض المسلمين ؟ قال : قلت : يبيعها الّذي هي في

---

١ ـ المروية عن السكوني، عن جعفر، عن ابيه، عن علي عليهم‌السلام قال : باع رسول الله صلى‌الله‌عليه‌وآله خدمة المدبر و لم يبع رقبته (التهذيب ٨:٢٦٠، الاستبصار ٤:٢٩، عنهما الوسائل ٢٣:١٢٠).

و عن ابي مريم، عن ابي عبدالله عليه‌السلام قال : سئل عن الرجل يعتق جاريته عن دبر أيطاها ان شاء أو ينكحها أو يبيع خدمتها في حياته، فقال : نعم أي ذلك شاء فعل (الفقيه ٣:٧٢، التهذيب ٨:٢٦٣، الاستبصار ٤:٢٩، عنهم الوسائل ٢٣:١١٩).

و عن علي بن ابي حمزة سالم البطائني، قال : سألت ابا عبدالله عليه‌السلام عن رجل اعتق جارية له عن دبر في حياته، قال : ان اراد بيعها باع خدمتها في حياته، فاذا مات اعتقت الجارية، و ان ولدت أولاداً فهم بمنزلتها (التهذيب ٨:٢٦٣، الاستبصار ٤:٢٩، عنهما الوسائل ٢٣:١٢٠).

٢ ـ التهذيب ٧:١٣٠، عنه الوسائل ١٧:٣٣٥.

يده، قال عليه السلام : و يصنع بخراج المسلمين ماذا ؟ ثم قال عليه السلام : لا بأس اشتري حقّه منها و يحول حقّ المسلمين عليه »[١].

الاجارة و عدم استعمالها في نقل العين

قوله رحمه الله : **كالثمرة على الشجرة .**

قد يقال بأنّه لا مانع من اطلاق الاجارة في المقام حقيقة ، لانّ الثمرة تعدّ منفعة للشجرة عرفاً ، كما في اجارة الحمام المستلزم لاهراق الماء ، و اجارة الشاة للبنها ، و اجارة المرضعة كذلك .

و فيه : انّ مفهوم المنفعة مباين لمفهوم العين و لا ينطبق أحدهما على ما ينطبق عليه الاخر ، و القياس على اجارة الحمام غير ظاهر ، اذ منفعة الحمام الاستحمام و الغسل بالماء ، و أمّا تلف الماء أحياناً فهو من لوازم الانتفاعين المذكورين ، لا أنّ الماء معدود منفعة عرفاً للحمام بنحو يملك باجارته ، و لذا لو أتلفه متلف يضمن لمالك الحمام لا لمستأجره ، الاّ اذا كان تلفه موجباً لتلف المنفعة .

و أمّا اجارة الشاة للبنها ، فغير ظاهر الصحة كالمقام ، و أمّا اجارة المرضعة ، فان كان المقصود اجارتها للارضاع فصحيحة ، لأنّه اجارة على عمل و ان استلزم تلف اللبن ، نظير الاجارة على الخياطة على أن تكون الخيوط من الخياط ، و ان كان المقصود اجارتها للارتضاع من لبنها ، فهي كالمقام ايضاً غير صحيحة .

و المتحصّل : انّ العين ان كان لها منفعة معتدّ بها يصحّ بذل المال بازائها جازت اجارتها ، سواء توقّف استيفاء المنفعة على بذل عين أخرى أم لا ، و الاّ لم تصحّ اجارتها .

---

١ ـ التهذيب ٤:١٤٦، و الاستبصار ٣:١٠٩ ، عنهما الوسائل ١٥:١٥٥.

الثمن و جواز كونه من المنافع

قوله رحمه الله : **نسب الى بعض .**

قال في مفتاح الكرامة : «و اعتبر بعض المتأخّرين عينية العوضين في البيع ، و هو وهم نشأ من قولهم : البيع لنقل الاعيان ـ انتهى ».

و التبادر العرفي يساعد ما في المتن ، نعم مقتضى ما عن المصباح ذلك ، بناء على ما عرفت من اختصاص المال بالعين ، لكن لا مجال للاعتماد عليه في قبال ما عرفت من التبادر و ظهور التسالم .

عمل الحرّ و جواز وقوعه ثمناً في البيع

قوله رحمه الله : **فان قلنا انه قبل .**

ان كان الاشكال المذكور من جهة الاشكال في اختصاص المال بالعين و عدمه ، فقد عرفت أنّه مشترك بين عمل الحر و المنفعة ، و ان كان من جهة احتمال توقّف ماليّة المال على وجوده في الذمّة أو في الخارج و بدونه لا يصدق ، ففيه انّ الوجود على النحو المذكور ليس من مقوّمات الماليّة قطعاً ، فانّ المال يكون معروضاً للوجود و العدم ، فيقال : وُجد المال و عُدم المال .

نعم لا يصحّ أن يقال لزيد مال اذا لم يكن موجوداً في الخارج أو في الذمة ، لكن ذلك لا لعدم صدق المال على المفهوم بل لعدم اعتبار الملكيّة للمال اذا لم يكن موجوداً.

و بالجملة : ماليّة المال تكون بحدوث الرغبة في الشيء على نحو يتنافس فيه ، و هذا المعنى لا يتوقّف على الوجود ، فانّ الذهب و الياقوت ممّا يرغب فيهما وُجدا أو عُدما كما هو ظاهر .

ثمّ انّه لا يظهر الفرق بين عمل الحرّ و بين الاعيان الذميّة مثل المبيع في السلف و الثمن في النسية ، فانّه لا وجود لهما في الذمة قبل المعاوضة ، مع أنّه لا اشكال في صحّة المعاوضة عليها و كونهما مالاً .

و من ذلك تعرف أنّه لا مجال للتمسك بكلام المصباح لتقرير الاشكال في عمل الحر .

قوله رحمه الله : **قبل المعاوضة عليه .**

أمّا بعد المعاوضة عليه ، كما لو آجر الحرّ نفسه لعمل ، فانّ المستأجر يكون مالكاً لذلك العمل في ذمّة الحر الاجير ، فلا مجال للاشكال في كونه مالاً لكونه موجوداً في الذمة .

نعم عرفت الاشكال في عموم المال لما لم يكن من الاعيان ، لكن الاشكال في المقام ليس من هذه الجهة بل من جهة عدم كونه موجوداً في الذمّة أو في الخارج .

نظرة في الحقوق

أقسام الحقوق و أحكامها

قوله رحمه الله : **و أمّا الحقوق الاخر .**

الحقّ في اللغة و العرف الامر الثابت ، في قبال الباطل غير الثابت ، و في الاصطلاح الحقيّة عبارة عن نوع من الملكيّة الّتي هي نوع خاص من الاضافة بين المالك و المملوك ، و الاعتبار الخاص بينهما الّذي هو معنى لام الملك في مثل قولك : الفرس لزيد ، فانّ اللام حاكية عن اضافة بين زيد و الفرس على نحو خاص ، يرى فيه الفرس من توابع زيد و شؤونه و لواحقه يعبّر عنها بملكيّة زيد للفرس .

فاذا باع زيد الفرس على عمرو صار الفرس مـلكاً لعـمرو ، و كـانت الاضافة المذكورة بين الفرس و عمرو بعد ما لم تكن ، كما أنّـها حـينئذ لا تكون بين الفرس و زيد بعد ما كانت .

و أمّا اضافة الحقية ، فهي نوع من الاضافة المـذكورة تـختلف مـعها باختصاصها بمورد خاص .

توضيح ذلك : انّ المملوك في اضافة الملكيّة تارة يكون عيناً متقوّمة بنفسها كالفرس و الدرهم و الدار ، و اخرى يكون عوضاً و معنى كالعقد و الفسخ و عمل الحر و نحوها ، و الاوّل تارة يكون خـارجـيّاً كـالدرهم و الفرس الخارجيّين ، و اخرى يكون ذميّاً كالمبيع في السلم و الثمن في النسية ، و ثالثة لا يكون كذلك كما في حق الجناية و حق الزكـاة عـلى بعض الاقوال .

و يــختلف الاوّل و الاخــيران فــي أن وجــود الاوّل قـائم بـنفسه و وجودهما قائم بغيره ، و في أنّ اعتبار الاوّل لا يتوقّف على اضافته الى مالك و وجود الاخيرين اعتباراً يتوقّف على اضافتة الى مالك ، فـيكون اعتباره ملازماً لاعتبار اضافته الى المـالك ، فـلو انـتفى مـصحّح اعـتبار اضافته الى المالك امتنع اعتباره ، فلولا السلف لامتنع اعتبار شيء في ذمة البايع ، كما أنّه لولا النسية لامتنع اعتبار شيء في ذمّة المشتري ، و كذلك لولا الجناية و وجود سبب الزكاة امتنع اعتبار شـيء فـي العـبد أو فـي النصاب .

فأقسام الاوّل و هو العين ثلاثة ، و أمّا الثاني و هو المعنى ، فأقسامه ثلاثة ايضاً ، لأنّه تارة يكون ذميّاً كعمل الحر الاجير المملوك في ذمّـته للمستأجر بالاجارة .

و اخرى لا يكون ذميّاً بل قائم بغيره ، و هـو تـارة لا يكـون اعـتباره

موقوفاً على اضافته الى مالك ، كما في منافع الاعيان المملوكة كالدار و العبد ، فانّ اعتبارها في الخارج يكون تابعاً لقابليّة العين للمنفعة ، سواء كان لها مالك أم لم يكن.

و اخرى يكون موقوفاً على ذلك مثل حقّ الخيار القائم بالعقد ، و حقّ الشفعة القائم بالمبيع ، و حقّ القسم القائم بالزوج ، و حقّ التحجير القائم بالارض ، و حقّ القصاص القائم بالجاني ، و حقّ الرهان القائم بالعين المرهونة ، الى غير ذلك ، فانّها لو لم يكن مصحّح لاعتبار اضافتها الى المالك لم يصحّ اعتبارها ، و منه منافع الاجير الخاصّ الّذي يستأجر بلحاظ منافعه الشخصية .

و لا يخفى انّ اضافة المالكيّة و المملوكيّة بين المالك و كلّ واحد من المذكورات في الجميع على نحو واحد ، فكما أنّ زيداً مالك للفرس و الدرهم الخارجيين ، كذلك هو مالك بنحو تلك الملكيّة للدّين الّذي في ذمّة من اشترى منه نسية أو في ذمّة من باعه سلفاً ، و لمنافعه اذا كان أجيراً ، و لمنافع الاعيان الّتي استاجرها ، و لفسخ العقد اذا كان مغبوناً مثلاً ، و لاخذ المبيع بالشفعة اذا كان شريكاً ، و للاقتصاص من الجاني اذا جنى عليه عمداً ، و لاستيفاء دينه من العين المرهونة ، الى غير ذلك من الامثلة .

و لا تفاوة بين أفراد هذه الاضافة في الموارد المذكورة قوّة و ضعفاً بل هي في الجميع على نحو واحد و مرتبة واحدة ، و ان كان بعضها يختصّ اصطلاحاً باسم الحقيّة و الاخر باسم الملكيّة ، فليس الاختلاف بين الملكيّة و الحقية الاّ بحسب المورد لا غير .

و كيف كان فالحقّ اصطلاحاً عين أو معنى متعلّق بغيره و قائم فيه على نحو لا يصحّ اعتباره الاّ في ظرف اعتبار ملكيّته لمالكه ، فيختصّ بالقسم

الثالث من كلّ من القسمين فيخرج منه الاعيان الخارجية المملوكة، و كذا الذميّات من أعيان و معان، لعدم كونها قائمة بمن له الذمّة، و انّما هي في الذمّة، كما تخرج عنه منافع الاعيان لصحّة اعتبارها من دون اعتبار مالك لها كما عرفت، و لذا لا اشكال و لا خلاف في عدم سقوطها بالاسقاط.

نعم لا فرق بين الذميّات من أعيان و معان في سقوطها بالاسقاط كالحقوق، الاّ أنّها لا تسمّى عندهم حقوقاً لاختصاص الحق كما عرفت بالملك القائم بموضوع، و ليست هي كذلك.

و من ذلك يظهر أنّ الدين في ذمّة الحر ليس من الحقوق، و الاقتصاص القائم برقبة الحر الجاني منها، و لذا ينعدم الثاني بانعدام موضوعه، و لا ينعدم الاوّل بانعدام ذي الذمة بل يستوفى من تركته أو من غيرها، و لا يقال للدين انّه ثابت في المديون، و يقال انّه ثابت في ذمته.

و من ذلك يظهر انّ قول المصنف ﷺ: و أمّا الحقوق الاخر ـ الخ، مبني على المسامحة، و لذا ضرب في النسخ المصحّحة على لفظ: الاخر، لظهوره في أنّ عمل الحر من الحقوق و ليس هو منها كما عرفت، نعم عمل الحر اذا كان من قبيل الاجير الخاص من الحقوق فيسقط بالاسقاط.

و الفرق بينه و بين منافع الرقّ و منافع سائر الاعيان المملوكة جاء من جهة الفرق بينهما بالمملوكية و اللامملوكية، و لذا لو حبس الحر لم يضمن منافعه و اذا حبس الرقّ ضمن منافعه، فلاحظ.

الفرق بين الحق و الحكم

كما أنّ ممّا ذكرنا يظهر الفرق بين الحقّ و الحكم، فانّ الحكم لا يصحّ أن يضاف الى المحكوم عليه اضافة الملكيّة كما يصحّ أن يضاف الحق

الى المستحق ، مع أنّ الحق من أحكامه السقوط بالاسقاط للقاعدة المقررة بين العقلاء ، من أنّ لكلّ ذي حقّ اسقاط حقه ، كما ذكر المصنف رحمه الله في مسقطات خيار المجلس .

و ليس كذلك الحكم ، فانّ سقوطه انّما يكون باسقاط الجاعل له و لا يكون باسقاط المحكوم عليه ضرورة ، و صحّة قولنا : لزيد أن يشرب الماء و ليس له أن يشرب الخمر ، انّما هو لكون اللام فيه لام التعدية المتعلقة بفعل مقدّر مثل : يجوز له ، أو يحلّ له ، كما في قوله تعالى : « أُحِلَّ لَكُمْ لَيْلَةَ الصِّيَامِ الرَّفَثُ »[1] ، و نحوه غيره ، و ليست اللام فيه للملك ، مثل قولنا : الخيار للمغبون ، و لذا كان مجرورها ظرف مستقرّ بخلاف مجرور الاولى ، فانه ظرف لغو .

نعم لا تبعد دعوى كون الظاهر من اللام في مثل قولنا : لزيد أن يفعل ، كونها للملك ، فيكون الفعل من حقوق زيد ، و حينئذ فان لم تقم قرينة حالية أو مقالية أو عقلية على كونه حكماً بني على كونه حقّاً ، و ان قامت قرينة على ذلك كان العمل عليها .

و بالتأمّل فيما ذكرنا يتّضح لك وجه الفرق بين الحق و الملك ، و وجه الفرق بين الحقّ و الحكم .

و أمّا الفرق بين ما يسقط بالاسقاط و ما يسقط به ، فهو انّ الاوّل ما يكون اعتبار وجوده تابعاً لاعتبار اضافته الى مالك كالذميات أعياناً كانت أو معاني كالحقوق بالمعنى الّذي ذكرناه ، و الثاني ما لا يكون كذلك ، بل اعتبار وجوده يكون تابعاً لمنشأ آخر كالاعيان الخارجية ، فلاحظ و تأمل .

---

١ ـ البقرة : ١٨٧.

قوله رحمه الله : **فان لم يقبل المعاوضة .**

الظاهر بقرينة المقابلة لما بعده كون عدم قبوله المعاوضة و لو بنحو يستتبع السقوط ، و حينئذ فلابدّ أن يكون عدم قبوله لذلك من جهة عدم كونه مالاً عند العقلاء .

و حينئذ فعدم صلاحيّته لان يكون عوضاً في البيع ظاهر ، اذ لا بد في العوض أن يكون بحيث يصحّ بذل المال بازائه لئلا يكون أكل المعوّض أكلاً للمال بالباطل ، من دون فرق بين الحق و غيره .

قوله رحمه الله : **لانّ البيع تمليك الغير.**

يعني من الطرفين المبيع و العوض ، ليصح التعليل المذكور .

بيع الدين على من هو عليه و على غيره

قوله رحمه الله : **و لا ينتقض ببيع الدين ـ الخ .**

فانّه لا خلاف بيننا و لا اشكال في جواز بيع الدّين على من هو عليه ، نعم في بيعه على غير من هو عليه خلاف ، و المشهور ذلك ، و عن الحلي المنع .

قال في الجواهر بعد ما حكى عن شرح استاذه اعتبار عدم كونه حقّاً : «انّه لا يخلو من منع ، لما عرفته من الاطلاق المزبور المقتضي لكونه كالصلح الّذي لا اشكال في وقوعه على الحقوق ، فلا تبعد صحة وقوعها ثمناً في البيع و غيره ، من غير فرق بين اقتضاء ذلك سقوطها كبيع العين بحق الخيار و الشفعة على معنى سقوطها ، و بين اقتضاء نقلها كحق التحجير و نحوه ، و كأنه رحمه الله نظر في المنع الى الاوّل ، باعتبار معلومية كون البيع من النواقل لا من المسقطات كالصلح ، و فيه انّ من البيع بيع الدين على من هو عليه ، و لا ريب في اقتضائه حينئذ الاسقاط و لو باعتبار

أنّ الانسان لا يملك على نفسه ما يملكه غيره عليه الّذي بعينه يقرّر في نحو حق الخيار و الشفعة ـ انتهى ».

و حاصل ما أجاب به المصنف رحمه الله انّ الّذي يقتضيه البيع حدوث تمليك الغير لا بقاؤه ، و الممتنع في النقض هو بقاء تملّك الانسان لما في ذمّة نفسه لا حدوثه ، فلا مانع من صحّة بيع الدين على من هو عليه ، و ان كان يسقط بعد ما يملكه المشتري ، و لا مجال لتقرير ذلك في الحق المجعول عوضاً ، لانّ المفروض كونه لا يقبل النقل أصلاً ، لا حدوثاً و لا بقاء .

قوله رحمه الله : **و لذا جعل الشهيد ـ الخ .**

مقصوده الاستشهاد على امكان تملّك الانسان ما في ذمته لغيره .

قوله رحمه الله : **و لا يعقل أن يتسلّط على نفسه .**

هذا البيان ليس تتميماً للاستدلال على عدم جواز جعل الحق الّذي لا يقبل الانتقال عوضاً ، لانّ ذلك يتمّ بمجرد اثبات كون البيع من النواقل ، و لا يتوقّف على اثبات عدم جواز انتقال الحق الى من هو عليه ، مع أنّ الكلام ليس في خصوص جعل الحقّ الّذي يكون على شخص عوضاً عن ماله في البيع ، ليحتاج الى اثبات امتناع انتقال الحق الى من هو عليه .

فالظاهر ان المراد ابداء الفرق بين الملك و الحق في جواز انتقال الملك الى من هو عليه ، و عدم جواز ذلك في الحق و ان كان ممّا يصح نقله الى غير من هو عليه .

الفرق بين الحق و الملك

قوله رحمه الله : **و السرّ أن الحق سلطنة .**

حاصله أنّ الحق سلطنة قائمة بين من له الحق و من عليه ، فلا بدّ من

تغايرهما ، و ليس كذلك الملك فانّها نسبة بين المالك و المملوك ، و هي و ان كانت تقتضي تغايرهما الاّ أنّها لا تقتضى تغاير من له المـلك و مـن عليه ، فلا مانع من أن يملك الانسان ما فـي ذمّـته لتـحقّق المـغايرة بـين المالك و المملوك .

لانّ المالك نفسه و المملوك المـال الّـذي فـي ذمّـته و هـما غـيران ، و اتّحاد المالك و من عليه الملك غير قادح ، لما عرفت من عدم اقتضاء الملكيّة تغايرهما ، و يمتنع أن ينتقل اليه الحقّ الّذي عليه ، لأنّه يستلزم اتّحاد السلطان و المسلّط عليه .

و فيه أوّلاً : انّك عرفت أنّ اضافة الحقيّة نوع من الملكيّة ، و انّما تختلف معها مورداً اصطلاحاً .

و ثانياً : انّ السلطنة من الاحكام الّتي لا تسقط بالاسقاط ، و موضوعها تارة يكون ملكاً و اخرى يكون حقّاً ، و السلطنة على الحق كالسلطنة على الملك من الاحكام لهما ، فكيف يكون الحق نفس السلطنة .

و ثالثاً : انّ ما ذكره من امكان ملك الانسان ما في ذمّته لغيره فيسقط ، مع أنّه خلاف المتسالم عليه ظاهراً ، كما يظهر من مـلاحظة كـلماتهم فـي صحة هبة ما في ذمّة الغير لمن هو عليه ، أنّ الموجب لسقوط الدين بعينه مانع من ملكه حدوثاً ، فانّه كما أنّه لا اعتبار عند العقلاء للذمة و العهدة بالاضافة الى بقاء الملك ، كـذلك بـالاضافة الى حـدوثه ، بـل كـما أنّـه لا اعتبار لهما بالاضافة الى حدوث الملك اذا لم يكن مسبوقاً بملك الغير ضرورة عدم ملك الانسان ما فـي ذمّـته ابـتداء ، كـذلك لا اعـتبار لهـما بالاضافة الى ما كان ملكاً للغير .

و بالجملة : كما يمتنع أن يملك الانسان نفسه يمتنع أن يملك الانسان على نفسه ، لانّ ملكه لما في نفسه بما هو في نفسه يستتبع سراية الملكيّة

الى نفسه ، و لذلك كان تصحيح بيع السلم و النسية و الاجارة على العمل بقاعدة السلطنة على النفس لا على المال ، و بذلك افترق ما في الذمة عن الاموال الخارجية ، فانّ صحّة التصرف فيها بقاعدة تسلّط الناس على أموالهم .

قوله رحمه الله : **و لا يحتاج الى من يملك عليه .**

هذا يتمّ في ملك الاعيان الخارجية و نحوها ، لا في الاعيان و المعاني الذمية كما هو محل الكلام ، فانّه محتاج الى ذلك ، و لعل قوله رحمه الله : فافهم ، اشارة الى بعض ما ذكرنا .

قوله رحمه الله : **حصر الثمن في المال .**

قد عرفت أنّ المال عرفاً مختصّ بالاعيان ، فان بني على الاخذ بظاهر لفظ المال كان اللازم المنع من جعل العوض منفعة و عملاً ايضاً ، و لا يختص المنع بالحقوق ، و لو بني على التعدّي عنه و انّ المراد بالمال ما له مالية و يتنافس عليه العقلاء ، فلا فرق بين الحق و بين المنفعة و العمل في جواز جعلها عوضاً في البيع ، و هذا هو الظاهر لموافقته للمتفاهم العرفي .

تعاريف البيع و المناقشة فيها

قوله رحمه الله : **مسامحة واضحة .**

أشار في محكي المصابيح و غيرها الى وجهها ، بأنّ البيع فعل فلا يكون انتقالاً لأنّه انفعال ، و بأنّ الانتقال أثر البيع و غايته المسبّبة عنه لا نفسه ، و بأنّه لا يوافق تعاريف البيع ، اذ لا يراد ببعت انتقلت ، و كذا سائر تعاريفه .

قوله رحمه الله : **من مقولة المعنى دون اللفظ .**

يعنى ظاهر التعريف المذكور بقرينة وصف الايجاب و القبول بالدلالة أنّ المراد بهما الايجاب و القبول اللفظيان .

قوله رحمه الله : **لم يعقل انشاؤه باللفظ .**

لانّ الانشاء انّما يتعلّق بالامور الاعتبارية و اللفظ من الامور الحقيقية ، مضافاً الى أنّ اللفظ من مبادىء الانشاء فلا يعقل اتّحاده مع المنشأ .

قوله رحمه الله : **عدل جامع المقاصد .**

قال في جامع المقاصد بعد ما حكى عن المختلف تعريفه تبعاً لابن حمزة ، بأنّه عقد يدلّ على انتقال عين ـ الخ : « و فيه نظر ، فانّ المفهوم من «بعت» ليس هو عقد البيع قطعاً ، و انّما المفهوم منه هو المفهوم من ملّكت ، فانّ كلّاً منهما ايجاب للبيع ـ الى ان قال : ـ و لانّ البيع هو المقصود بالعقد لا نفسه ـ الى أن قال : ـ و الاقرب أنّ البيع هو نقل الملك من مالك الى آخر بصيغة مخصوصة ـ انتهى ».

و ظاهره أنّ الوجه في العدول ليس هو ظهور التعريف الاوّل في كونه من مقولة اللفظ كما ذكر المصنف ، بل ما ذكره من الوجهين ، مع أنّ ظهور التوصيف بالدلالة في كون المراد من الايجاب و القبول اللفظيين موقوف على كون المراد بالدلالة الدلالة اللفظية ، و هو غير ظاهر .

قوله رحمه الله : **ليس مرادفاً للبيع .**

يظهر ذلك من ملاحظة المشتقّات مثل : بعتك هذا ، و : نقلتك هذا ، فانّ الاوّل صحيح و الثاني غلط ، لكن مجرّد عدم التعارف غير قادح في التعريف ، بل يكون النقل بمنزلة الجنس و ما بعده بمنزلة الفصل ، اللّهم الّا أن يكون المراد أن مفهوم البيع غير النقل بل النقل ملازمه غالباً .

قوله رحمه الله : **و ان المعاطاة عنده .**

هذا انّما يتوجّه على المحقّق لو كان قوله : بالصيغة ملحوظاً قيداً ، أمّا لو كان ملحوظاً مرآة الى نفس النقل كما سيأتي فلا مجال له ، لانّ الوصف الملحوظ به الاشارة الى الذات لا يجب أن يكون مساوياً لها بل يجوز انفكاكها عنه .

قوله رحمه الله : **بأنّ المراد أنّ البيع .**

لا ينبغي التأمل في أنّ هذا هو المراد .

قوله رحمه الله : **لزم الدور .**

قيل : فيه منع ، لانّ المراد من «بعت» لفظه ، و المقصود من تعريفه مفهومه .

قوله رحمه الله : **وجب الاقتصار على .**

لكن اذا امتنع الاقتصار عليهما فلا ملزم بالاقتصار عليهما ، بل يجوز أن يكون المراد مطلق الصيغة الّتي يصحّ انشاء البيع بها ، سواء أكانت نقلت أم ملّكت أم غيرهما .

تعريف البيع بأنه انشاء تمليك عين بمال ، و النقوض الواردة عليه

قوله رحمه الله : **انشاء تمليك عين .**

هذا محكي عن المصابيح للعلامة الطباطبائي قدس سره ، لكن بعد تبديل المال بالعوض و اضافة قيد : على وجه التراضي اليه ، و جعله الاخصر و الاسدّ .

و فيه : انّ البيع موضوع للانشاء كما تقدم فكيف يكون نفس الانشاء ، نعم يصحّ ذلك تعريفاً لانشاء البيع لا للبيع نفسه ، و لعلّ ذلك هو المراد ، كما يشهد به كثير من عبارات الكتاب الآتية ، فيكون الاشكال في التعبير لا في المراد .

و ان شئت قلت : التعريف للبيع بمعنى المصدر لا بمعنى اسم المصدر، كما هو محل البحث ، فتأمّل ، فانّه سيأتي من المصنف رحمه الله انّ مراده من انشاء التمليك نفس الايجاب المقابل للقبول ، و سيأتي ما فيه .

قوله رحمه الله : **و يرده أنّه الحق .**

فيه : انّ من البيع ما لا يكون كذلك ، كما في الشراء من مال الوقف للاعيان الموقوفة ، و من مال الزكاة للاعيان الزكوية من علف و نحوه ، كما سيأتي توضيحه .

عدم شموله لبيع الدين ممّن هو عليه

قوله رحمه الله : **و منها أنّه لا يشمل بيع .**

هذا الايراد لو تمّ توجّه على التعريف الاوّل و الثالث ايضاً .

قوله رحمه الله : **ما عرفت و ستعرف من .**

قد تقدّم الاشكال فيه .

قوله رحمه الله : **نظير تملّك ما هو مساو .**

يعني كما أنّه في التهاتر يملك كلّ منهما على الاخر ما لا في ذمّته فيسقط بعد تحقّق الملكيّة كذلك في المقام .

و فيه انّ التهاتر ليس من الاحكام العقليّة بل هو من الاحكام الشرعية الثابتة بالادلّة ، و العمدة فيه الاجماع ، و معقده صورة تملّك كلّ من الشخصين على الاخر مثل ما عليه فموضوعه التملك ، و لا يعقل أن يتحقّق التهاتر الاّ في ظرف تحقّق التملك ، فلا يعقل أن يكون مانعاً عنه ، لانّ الشيء لا يكون مانعاً عن علّته ، فلا مجال لقياس المقام عليه ، اذ المانع من تملّك الانسان ما عليه و في ذمّته عقلي ، لا فرق فيه بين الحدوث و البقاء .

نعم نظير التهاتر ملك أحد العمودين، اذ لا مانع عقلاً من ملك الانسان أحد عموديه.

و حينئذ ان دلّ الدليل على عدم صحّة التملك حدوثاً و بقاء جرى فيه اشكال صحّة بيعه، بناء على أنّ البيع تمليك، و ان دلّ على عدم صحّة استقرار ملكيّته، كما ربّما يظهر من بعض نصوصه، لم يكن اشكال في صحّة البيع، حتّى بناء على ما ذكر من المبنى.

قوله رحمه الله : **غير المبادلة و النقل و التمليك و ما يساويها.**

لا ينبغي التأمل في أنّ مفهوم كلّ واحد من الالفاظ المذكورة مباين لمفهوم الآخر، فانّ المبادلة اعتبار قائم بالبدلين راجع الى كون كلّ واحد منهما بدلاً عن الاخر و قائماً مقامه، و صحّة اعتبار المفهوم المذكور يتوقّف على أن يكون لكلّ واحد من البدلين منزلة معيّنة بلحاظ أثر خاصّ به، و الاّ فلا معنى لان يكون بدلاً عنه.

و أمّا النقل فهو اعتبار قائم في المبيع بعينه يتوقّف على أن يكون المبيع له محلّ معيّن فينتقل منه الى محلّ آخر نظير النقل الحقيقي فينقل منه الى محلّ آخر.

و أمّا التمليك فهو اعتبار راجع الى جعل اضافة الملكيّة بين المبيع و بين المشتري، فهو قائم بالمبيع ايضاً لا غير، و لا يتوقّف اعتباره على ملاحظة ما يتوقّف عليه اعتبار النقل و المبادلة.

نعم ربّما تجتمع المفاهيم المذكورة في مقام الاعتبار، فانّ زيداً اذا باع فرسه على خالد بالدرهم صحّ اعتبار البدلية بين الفرس و الدرهم، لقيام كلّ منهما مقام الآخر، كما يصحّ اعتبار النقل للفرس لانتقالها من زيد الى خالد، يصحّ ايضاً اعتبار الملكيّة بين الفرس و الخالد، فالبيع المذكور كما اقتضى البدليّة بين المالين اقتضى نقل كلّ منهما من مالكه الى مالك الاخر، و اقتضى ملكيّة كلّ من المتعاملين لملك الاخر.

و ربّما تفترق المبادلة عنهما ، كالشراء من مال الزكاة لما في الذمّة ، فانّ المبادلة حاصلة بين ما في الذمّة و مال الزكاة و لا نقل فيه للمبيع من محلّ الى آخر و لا تمليك .

و قد تفترق المبادلة عن أحدهما دون الاخر كما في بيع السلف ، فانّه لا نقل فيه للمبيع و ان صحّ اعتبار البدلية و التمليك ، وكما في الشراء من مال الوقف و الزكاة لما يحتاجان اليه من الاعيان الخارجية ، فانّه لا تمليك فيه للمبيع و ان صح اعتبار البدلية و النقل .

و من ذلك تعرف تباين المفاهيم المذكورة ، و أنّ البيع لا يستلزم النقل و لا التمليك فضلاً عن أن يكون هو هو ، و سيجيء ان شاء اللّه تعالى صحّة بيع الغاصب و شرائه لنفسه اذا أجاز المالك ، و انّه يقتضي تملّك المالك لا الغاصب ، و لو كان مفاد البيع التمليك لاقتضت الاجازة ملك الغاصب ، لانّ ذلك هو المقصود في البيع ، فاجازته تقتضي نفوذه مع أنّ بناءهم على ملك المالك .

و ليس ذلك الاّ لما عرفت من أنّ مفهوم البيع ليس هو التمليك بل مجرد جعل البدلية بين المالين، فاذا أجاز المالك صحّة البدلية المذكورة و كان مقتضاها ملك كلّ من المالكين مال الاخر ، و قصد تمليك الغاصب و تملّكه خارج عن قصد المعاملة لخروج متعلّقه عنها ، فاجازة المعاملة ليست اجازة لذلك.

و ممّا يشهد لذلك أنّه لا يجوز في انشاء التمليك أن يقول الموجب للوكيل في القبول : ملّكتك كذا ، بل انّما يقول : ملّكت موكّلك ، و نحوه ، مع أنّه يجوز للموجب في البيع أن يقول للوكيل عن المشتري : بعتك ، و ممّا يشهد له ايضاً بناء الاصحاب رحمهم الله على عدم صحّة شرط البيع بنحو شرط النتيجة و صحّة شرط الملكيّة كذلك ، فلاحظ كلماتهم في صحّة

بيع الحامل مع شرط الحمل ، و بيع الشجر مع شرط الثمر ، و الرهن بشرط كون العين المرهونة مبيعة عند الاجل و غير ذلك .

و بالجملة : لا ينبغي التأمّل في أنّ مفهوم البيع مباين لمفهوم التمليك و النقل ، بل الظاهر مباينته ايضاً لمفهوم البدلية ، كما يظهر من تعاريفهما ، نعم البدلية من لوازم البيع الّتي لا تنفكّ عنه ، لأنّه يتضمّن المعاوضة بين المبيع و الثمن كما تقتضيها الباء الداخلة على الثمن ، الاّ أنّها لا تتّحد معه مفهوماً ، فتفسيره بها تفسير بأقرب المفاهيم اليه لا أنّه تفسير بالمرادف أو الاعمّ ، فلاحظ .

قوله رحمه الله : لم يعقل شيء ممّا .

قد عرفت ممّا سبق أنّ الملازمة غير ظاهرة ، و أنّه لا مانع من اعتبار المبادلة بين الدين الّذي في الذمة و بين بدله فيسقط بلا حاجة الى اعتبار ملكيّته له آناً ما ، لكي يتوقّف ذلك على تعقّل ملكيّة ما في الذمّة الّذي عرفت امتناعه .

فان قلت : اعتبار البدلية يتوقّف في نظر العقلاء على امكان ثبوت ما لكلّ من البدلين للاخر في ظرف قيامه مقامه ، فاذا فرض امتناع ملك الانسان لما في ذمّته امتنع قيام الدين مقام الثمن ، لأنّه لم يكتسب شيئاً من طواريه و شؤونه .

قلت : يكفي في اعتبار البدلية صلاحيّة الدين لاكتساب صفة الملكيّة بحيث يكون مملوكاً لولا المانع ، و لا يعتبر فعليّة الملكيّة حتّى يمتنع اعتبار البدلية في ظرف امتناع الملكيّة ، و لاجل تحقّق البدلية المذكورة يسقط الدين عمّن هو في ذمّته لامتناع ملكيته له ، كما انّ المبدل منه كذلك ، فانّه لو انقطعت اضافته الى غير من هو في ذمّته يسقط ايضاً كما عرفت آنفاً .

انتقاض منعه بالشراء

قوله رحمه الله : **و منها صدقه على .**

هــذا الايــراد لو تــمّ تــوجّه ايضاً عــلى التـعريف الاوّل و الثـالث ، و لا يختصّ بهذا التعريف .

قوله رحمه الله : **و انّما حقيقته التملّك .**

قد عرفت في أوّل المبحث انّ المشتري من قبيل المفعول المـطاوع للبايع ، فليس له وظيفة أكثر من قبول ما جعله البايع من تمليكه أو النقل اليه ، أو غير ذلك ممّا هو معنى البيع ، فهو يقبل ما جعله البايع بـعنوان المطاوعة له ، فاذا كان البيع هو التمليك فقبوله تملك .

انتقاض طرده بالصلح على العين بمال و بالهبة المعوضة

قوله رحمه الله : **و منها انتقاض طرده .**

هذا ذكره في الجواهر ايراداً على تعريف المصابيح ، و هو كما قـلنا لا يختصّ بالتعريف المذكور ، بل يرد على التعاريف الثلاثة السابقة .

قوله رحمه الله : **و المراد بها هنا .**

يعني في النـقض ، اذ مـن جـملة أنـواع الهـبة المـعوّضة أن لا يـذكر التعويض شرطاً فيها ، لكن يتفّق تمليك المتّهب للواهب شيئاً مـن مـاله بقصد الجزاء ، فانّ ذلك من أنواع الهبة المعوضة الّـتي لا يـجوز رجـوع الواهب فيها ، قال في الجواهر : «ظاهر اطلاق النصّ و الفتوى عدم الفرق في العوض بين أن يكون في نفس العقد أو بعده ، بأن اطلق في العقد ثمّ بذل العوض بعد ذلك ـ انتهى ».

لكن لا يصحّ النقض بها على التعريف المذكور ، لعدم كون التـمليك فيها بعوض .

قوله رحمه الله : **على جهة المقابلة .**

يعني بين المالين، و انّما المقصود المعاوضة بين الهبتين و التمليكين، فهي أعني الهبة المعوّضة تمليك في قبال تمليك .

قوله رحمه الله : **و الاّ لم يعقل تملّك .**

اذ بدون تملّك العوض يمتنع اعتبار المعاوضة بين المالين، فانّ العين الموهوبة قد انتقلت الى الموهوب من دون أن يكون للواهب من مال الموهوب شيء ، فلا معاوضة بينهما ، و لا أحدهما عوض عن الاخر .

قوله رحمه الله : **الرجوع في هبته .**

لأنها حينئذ ليست هبة معوّضة فتكون جائزة ، كما هو الاصل في الهبة .

قوله رحمه الله : **مقصودة في كلّ من العوضين .**

فانّ ذلك ينافي كون المقصود الهبة ، لاعتبار المجّانية في الهبة ، لأنها التمليك المجاني ، كما هو ظاهر .

قوله رحمه الله : **فقد تحقق ممّا.**

قد عرفت اشكاله .

قوله رحمه الله : **كان بيعاً .**

بل الظاهر أنّه عنوان آخر غير عنوان البيع ، الاّ أن يكون المقصود منه البيع بغير لفظه .

قوله رحمه الله : **من أنّ البيع هو الاصل .**

الّذي يظهر من الجواهر أنّ المراد من الاصل المذكور هو أنّ تمليك الاعيان مشترك معنوي بين البيع و الصلح و الهبة ، و الخصوصية المميّزة لكلّ من الاخيرين قصده ، و المميّزة للبيع عنهما عدم قصد أحدهما ، فخصوصية البيع عدمية و خصوصية كل منهما وجودية .

قوله رحمه الله : **كان مقتضى الاصل اللفظي .**

فيكون الاصل راجعاً على هذا الى أصالة الحقيقة و أصالة الظهور .

قوله رحمه الله : **ليس مراد القائل .**

لما عرفت من أنّه أصل في مقام الثبوت .

انتقاض طرده بالقرض

قوله رحمه الله : **على وجه ضمان المثل .**

فيكون حينئذ منحلّاً الى انشاءين : انشاء التمليك و شرط الضمان ، لا انشاء معاوضة بينهما ، مضافاً الى أنّ الضمان ان كان راجعاً الى اشتغال الذمّة بنفس المضمون فتكون العين بنفسها في الذمة فلا اثنينيّة ليمكن اعتبار المعاوضة بين العين و بين ما فى الذمة ، و ان كان راجعاً الى اشتغال الذمة بنفس المثل أو القيمة دون العين فالاثنينيّة المصحّحة لاعتبار المعاوضة غير حاصلة بالاضافة الى المثل في المثلي ، لانّ المراد من المثل نفس الجامع بين العين و بين غيرها من الامثال ، و لذا لو فرض دفع نفس العين كان وفاء للقرض ، و لا يمكن اعتبار المعاوضة بين الشيء و بين ما يصلح للاتحاد معه و الانطباق عليه .

قوله رحمه الله : **ربا المعاوضة .**

لاختصاصه بالمكيل و الموزون ، و الربا في القرض يجري في غيرهما ، مع أنّه بناء على أنّ ضمان القرض في القيمي بقيمته لا وحدة في الجنس فيه مع اعتبارها في ربا المعاوضة .

قوله رحمه الله : **و لا الغرر المنفي فيها.**

فانّ دليل نفي الغرر و ان كان الظاهر اختصاصه بالبيع ، و هو قوله عليه السلام :

«نهى النبي صلى الله عليه وآله عن بيع الغرر»[1]، الاّ أن المعروف بينهم عمومه لمطلق المعاوضات، و مع ذلك فالمحكي عن تصريح بعض و ظاهر آخرين عدم قدح الغرر في القرض، اللّهم الّا أن يقال: المصرّح به ايضاً في كلام جماعة قدحه فيه، و تصريح بعض بخلافه كتصريح بعض بذلك في المعاوضات.

و بالجملة: قدح الغرر في القرض كقدحه في المعاوضات محلّ اشكال، و لكن المعروف بينهم ذلك، فراجع.

نعم في القيمي ظاهرهم جواز قرضه مع عدم العلم بقيمته وقت القرض، مع بنائهم على ثبوت القيمة في الذمة عندهم.

قوله رحمه الله: **و لا ذكر المعوض و لا العلم به.**

فيصحّ القرض و لو مع عدم العلم بكونه مثليّاً أو قيميّاً.

قوله رحمه الله: **فتأمل.**

لعلّه اشارة الى عدم دلالة ما ذكر على عدم كون القرض من المعاوضات، اذ يجوز اختلاف أنواع المعاوضات في الاحكام.

بحث في معان آخر للبيع

نفس العقد المركب من الايجاب و القبول

قوله رحمه الله: **و اليه ينظر من عرّف.**

لا يبعد أن يكون التعريف المذكور مبنيّاً على أن يكون المراد بالعقد نفس المعاملة البيعية الّتي يتكفّل بها عقد البيع، و هذا معنى آخر للعقد

---

۱ ـ عن ابي هريرة ان رسول الله صلى الله عليه وآله نهي عن بيع الغرر، سنن البيهقي ٥ :٣٤٢ .

غير المعنى المشهور ، و هو الايجاب و القبول الّذي أشرنا اليه في أوّل الباب ، و الظاهر أنّه الى هذا ينظر كـلام الشـهيدين الآتـي ، بـل و كـلام غيرهما ، فانتظر .

و عليه فالاستعمال المذكور يدلّ على ثبوت معنى آخر للعقد لا معنى آخر للبيع .

قوله رحمه الله : حتى الاجارة .

فانّها اسم للاجر المبذول عوضاً ، بخلاف البيع فانّه اسم لما يقوم به البايع ، و بخلاف المزارعة و المصالحة ، فانّهما اسم لما يقوم به كلّ من الطرفين، بناء على أنّ مفهوم المفاعلة متقوّم بالاشتراك كالتفاعل .

المناقشة في المعنى : انشاء التمليك المتعب بالقبول

قوله رحمه الله : ليس مقابلاً للاوّل .

قد عرفت في صدر المبحث أنّ الايجاب الّذي هو أحد ركني العقد هو عهد البائع مثلاً بالبيع الراجع الى التزامه في نفسه به و بنائه عليه ، و أمّا البيع فهو الامر الموجب و المعهود به و الملتزم به ، لا أنّه نـفس العـهد و الايجاب و الالتزام ، فاذا استعمل في نفس الايجاب كان مجازاً ، سواء أكان المستعمل فيه مطلق الايجاب أم خصوص الملحوق بالقبول .

و بالجملة : البيع من قبيل الاحراق القائم بالحطب ، لا من قبيل القـاء النار على الحطب ، فـانّه قـائم بـالفاعل ، و الايـجاب مـن هـذا القـبيل ، فلا يصحّ جعله معنى للبيع .

ثمّ انّ مقتضى النسالم على كون البيع من العقود المقابلة للايقاعات هو انّه لا يصحّ اعتبارها الاّ في ظرف تحقّق القبول ، فكما لا يصحّ اعتباره بدون الايجاب لا يصحّ اعتباره بدوه القبول ، فاذا تحقّق الايجاب لا يصحّ اعتباره

قبل تحقّق القبول من المشتري ، فاذا تحقّق القبول منه صحّ اعتباره ، لانّ الابتياع مطاوع للبيع فلا يصحّ اعتبار أحدهما الاّ في ظرف يصحّ فيه اعتبار الاخر ، فاذا لم يتحقّق القبول من المبتاع لم يصحّ اعتبار الابتياع له ، فلا يصحّ اعتبار البيع للبايع .

و كذلك الحال في النقل و الابدال و التمليك و نحوها ممّا كان من العقود ، فانّه لا يصحّ اعتبارها بدون تحقّق القبول من الطرف الاخر ، و الاّ خرجت عن كونها عقوداً ، و هو خلف .

و بالجملة : الفعل و الانفعال واحد ، سواء أكانا خارجيين كالكسر و الانكسار ، أم اعتباريين كالبيع و الابتياع ، نعم ، يختلفان بالحيثيات ، فالفعل من حيث اضافته الى الفاعل فعل ، و من حيث اضافته الى المحل انفعال ، و كذا الحال في سائر موارده ، و منها الوجوب و الايجاب ، فانّهما كالوجود و الايجاد يمتنع انفكاك أحدهما عن الاخر .

و لا فرق بينهما و بين الكسر و الانكسار من هذه الجهة ، و ان كان بينهما فرق من جهة أنّ الكسر و الانكسار حقيقيان و الوجوب و الايجاب اعتباريان ، و الامور الاعتبارية ربّما تختلف باختلاف الانظار ، فيكون الشيء الواحد دخيلاً في اعتبار أمر بنظر و لا يكون دخيلاً في اعتباره بنظر آخر ، فمع فقده يصحّ اعتباره بنظر الثاني و لا يصحّ اعتباره بنظر الاوّل ، و ليس كذلك الامور الحقيقيّة الّتي لا دخل للنظر في تحقّقها بل هو تابع عللها الحقيقيّة ، فان وجدت وجدت و ان حسبها الناظر معدومة ، و ان فقدت فقدت و ان حسبها الناظر موجودة ، فيكون النظر خطأ تارة و صواباً أخرى .

لكن الفرق من هذه الجهة بين الامور الحقيقية و الاعتبارية لا يصحح التفكيك بين الفعل و الانفعال ، بل حيث يصحّ اعتبار أحدهما لابدّ من

صحّة اعتبار الاخر ، كما أنّه حيث توجد حقيقة أحدهما لا بدّ من وجود حقيقة الآخر ، فيمتنع اعتبار التمليك من دون اعتبار التملّك و الملكيّة ، و حيث يصحّ اعتبار الايجاب لا بد من صحّة اعتبار الوجوب .

فالامر الصادر من السافل الى العالي كما يكون ايجاباً بنظر السافل يكون وجوباً ايضاً ، و كما لا يكون وجوباً بنظر العالي لا يكون ايجاباً ، فالاختلاف بين نظر العالي و السافل في صحّة اعتبار الايجاب و الوجوب لو فرض انّما يصحّح اعتبارهما معا بنظر أحدهما ، و لا يصحّح اعتبار كلّ منهما بنظر الآخر ، لا أنّه يصحّح اعتبار أحدهما بنظرهما معاً ، و لا يصحّح اعتبار الاخر كذلك .

و من ذلك تعرف مواقع الاشكال في كلام المصنف رحمه الله :

منها عدم اعتبار القبول في تحقّق مفهوم البيع و النقل و التمليك و نحوها ، مع أنّها عناوين للعقود عندهم .

و منها أنّ البيع اسم لنفس الايجاب لا للامر الموجب الّذي ينشأ بالايجاب ، مع أنّك قد عرفت أنّه يكون بالايجاب .

و منها جواز التفكيك بين الفعل و الانفعال في الامور الاعتبارية و عدم جوازه في الامور الحقيقية ، مع ما عرفت من مساواتهما في تلازمهما .

قوله رحمه الله : **اذ التأثير لا ينفك .**

تعليل لشرطية القبول للانتقال في الخارج ، فقاعدة امتناع انفكاك الاثر عن التأثير مختصّة بالخارجيات الحقيقية و لا تطرد في الاعتباريات ، و قد عرفت ما فيه .

مضافاً الى أنّ الانتقال الخارجي ليس الاّ الحركة من مكان الى آخر ، و هذا لا يرتبط بالقبول كي يتوقّف عليه ، و ما عدا هذا المعنى اعتباري ، سواء أكان في نظر الشارع أم في نظر غيره .

و كيف كان فهو يتوقّف على القبول لكنّه ملازم للنقل ايضاً بذلك النظر و لا ينفكّ عنه كما عرفت .

فان قلت : لو كان مثل البيع و النقل و التمليك و نحوها موقوفة على القبول ، و لا يصحّ اعتبارها بمجرّد الايجاب ، لزم أن تكون من فعل الموجب و القابل معاً ، مع أنّها فعل للموجب لا للقابل .

قلت : كلّ من الايجاب و القبول دخيل في تحقّق المفاهيم المذكورة ، لكن دخل الاوّل من حيث انّه يصدر منه ، و دخل الثاني من حيث انّه يقع عليه و مفعول به ، و لما اختلفت حيثية الدخل اختلفت صحّة النسبة ، فانّ أجزاء العلة التامة كثيرة ، و كلّ واحد منها له دخل في المعلول ، و لكن الفاعل هو المقتضي .

مثلاً اذا كسر زيد الاناء ، ففعل زيد دخيل في تحقّق الكسر ، كما أنّ قبول الاناء له دخيل فيه ، الاّ أنّ دخل الاوّل لمّا كان من قبيل دخل المقتضي و دخل الثاني من قبيل دخل الشرط تعيّنت نسبة الكسر الى الاوّل لا غير .

و كذلك نقول في المقام ، فانّ البيع لا يتحقّق الاّ مع مبتاع و مشتر ، و قبوله لتعلّق البيع به موقوف على قبوله الانشائي ، فاذا لم يقبل لا يتعلّق به البيع فلا مجال لاعتباره ، كما أنّ الاناء الّذي لا يقبل الانكسار لا يتعلّق به الانكسار ، فلا يتحقق كسر في الخارج .

قوله رحمه الله : **فضلاً عن أن .**

هذا غير ظاهر ، اذ لا ملازمة بين عدم أخذ القبول في معنى البيع اصطلاحاً و عدم أخذه في بعض معانيه ، فضلاً عن كون الثاني أوضح .

المناقشة في المعنى : الاثر الحاصل من الايجاب و القبول و هو الانتقال

قوله ﵀ : و قد يوجّه .

هذا التوجيه محكي عن السيد الطباطبائي ﵁ في المصابيح .

المناقشة في المعنى : نفس العقد المركب من الايجاب و القبول

قوله ﵀ : فقد صرّح الشهيد الثاني ﵁ .

قد تقدّم التصريح به ايضاً في كلام المصباح .

قوله ﵀ : لما عرفت من أنّه حاصل .

و قد عرفت اشكاله ، و أنّه غير حاصل الاّ بعد القبول ، لكونه من عناوين العقود لا الايقاعات .

قوله ﵀ : و الى هذا نظر .

يعني الى هذا المعنى ، أعني المسبّب عن العقد ، و الوجه فيما ذكره ﵁ أنّ هذه الاحكام المذكورة من طواريء المعنى المذكور ، لا من طواريء المعنى الاوّل الّذي ذكره أوّلاً ، فانّ ذلك من قبيل الايقاع الّذي لا يقبل اللزوم و الجواز و الفسخ .

لكن عرفت أنّ معنى البيع ليس الاّ هذا ، و أنّ المعنى الاوّل لا أصل له ، بل البيع من نتائج العقود في جميع الانظار الشرعية و العرفية ، من دون فرق بين نظر الموجب و غيره .

نعم ، يجوز عقلاً أن يشرع الموجب فيجعله ايقاعاً كما يجوز أن يكون كذلك شرعاً ، الاّ أنّه فرض غير واقع .

ألفاظ المعاملات اسماء للاعمّ

قوله رحمه الله : عقد البيع و غيره .

الظاهر أنّ المراد بالعقد نفس البيع و الاجارة و نحوهما ممّا هو من نتائج العقود و مسبّباتها ، و كذا المراد من العقد في عبارة الشرائع في كتاب اليمين الّتي كانت عبارة المسالك المذكورة شرحاً لها .

قال في الشرائع : «اطلاق العقد ينصرف الى العقد الصحيح دون الفاسد و لا يبرأ بالبيع الفاسد لو حلف ليبيعنّ ـ انتهى » ، فانّ قوله : و لا يبرأ ـ الخ ، ظاهر في أنّ المراد من العقد هو البيع و نحوه ، و يشهد له أنّ المتعارف في اليمين الحلف على نفس البيع و نحوه لا على عقده .

و مثل ذلك ايضاً عبارة الشهيد في القواعد بقرينة التعبير بصيغة الجمع ، فالمراد من العقود البيع و الاجارة و الرهن و نحوها لا عقدها ، و الآكان المناسب الافراد كما يظهر بالتأمل ، و هذا ايضاً أحد معاني العقد ، و اليه نظر من عبّر بمثل : عقد جائز ، أو لازم ، أو فسخ العقد ، فانّ الاحكام المذكورة انّما تعرض على نفس المسبّبات كما تقدّم من المصنف .

و عليه يشكل ما ذكروه بأنّ المعنى المذكور للعقد ممّا لا يتّصف بالصحة و الفساد ، بل هو امّا موجود أو معدوم ، فلا مجال لدعوى الانصراف الى الصحيح ، و لا لدعوى كونه حقيقة فيه دون الفاسد ، و احتمال أن يكون المراد من العقد الايجاب و القبول بعيد جدّاً ، فلاحظ .

قوله رحمه الله : و صحّة السلب .

يعني عن الفاسد .

قوله رحمه الله : **لم يسمع اجماعاً .**

قد عرفت وجهه ، و أنّ الفاسد ضدّه لا فرده .

قوله رحمه الله : **يوجب عدم جواز.**

لانّ التمسك بالاطلاق انّما يقصد منه رفع احتمال تقييد المطلق بأمر زائد عليه ، لا احتمال اعتبار ما له دخل في ذاته و قوامه ، و الشك في اعتبار شىء في صحّة البيع و نحوه من قبيل الثاني الّذي يوجب اجمال المطلق و سقوطه عن الحجيّة من هذه الجهة .

قوله رحمه الله : **نعم يمكن أن يقال : انّ البيع .**

تحقيق فيما ذكره الشهيدان .

قوله رحمه الله : **الّذي يراد من .**

بدل من الحاصل .

قوله رحمه الله : **لا يستعمل حقيقة .**

يعني انّ البيع و نحوه انّما يستعمل على نحو الحقيقة في خصوص ما كان مصداقاً للصحيح ، أعني البيع الّذىّ يترتّب عليه الاثر ، فانّ ذلك هو المعنى الحقيقي له ، و الاختلاف بين الشرع و العرف ليس في معنى اللفظ و مفهومه بل في فرده و مصداقه .

فاطلاق العرف البيع على بيع الغرر ، و حكم الشارع عليه بأنّه ليس ببيع ، ليس للاختلاف في مفهوم البيع بل للاختلاف في التطبيق ، فالعرف يراه فرداً من البيع بالمعنى المتقدّم فيقول : هو بيع ، و الشرع لا يراه كذلك فينفي عنه البيع ، كما هو الحال في الاختلاف في التطبيق فيما بين أهل العرف ، مثل الشبح الّذي يرى من بعيد يقول بعضهم : هو انسان ، و يقول بعضهم : ليس بانسان ، فانّ ذلك ليس لاختلافهم في معنى الانسان بل لاختلافهم في تطبيق الانسان بما له من المعنى الواحد لاختلاف أنظارهم .

و على هذا فاطلاق العرف البيع على مثل بيع الغرر حقيقة و ان لم يكن صحيحاً شرعاً ، نعم بعد اطّلاعهم على أنّه ليس بصحيح شرعاً و اذعانهم بذلك يكون الاطلاق المذكور مجازاً لعدم كونه فرداً للبيع في نظرهم الناشيء عن متابعة الشارع ، فلو حلف ليبيعنّ، لم يجز مثل بيع الغرر ، لأنّه ليس فرداً حقيقيّاً ، و لو أقر بالبيع حمل على الصحيح شرعاً دون الفاسد لأنّه ليس بفرد ، لكن لو ادّعى الجهل بالحكم الشرعي لم يبعد القبول ، لأنّه ليس انكاراً بعد الاقرار بل بيان لوجه الاقرار .

هذا ، و لكن عرفت أنّ البيع بالمعنى المسبّب لا يتّصف بالصحة و الفساد ، بل انّما يتّصف بالوجود و العدم لا غير ، فالاختلاف بين الشرع و العرف يكون اختلافاً في الوجود و العدم الناشيء عن الاختلاف في منشأ الاعتبار ، فما يكون منشأ عند العرف قد لا يكون منشأ عند الشارع بالعكس ، فلا خطأ منهم في شيء ، اذ لا واقع محفوظ يمكن فرض الخطأ فيه تارة و الاصابة اخرى .

نعم لا اختلاف بين الشرع و العرف في مفهوم اللفظ بل المعنى عند الجميع واحد ، و هو الّذي عرفت الكلام فيه ، و أنّه المبادلة أو النقل أو التمليك أو غير ذلك ، فلاحظ .

وجه التمسك بالاطلاق في المعاملات

قوله رحمه الله : **و أمّا وجه تمسك العلماء .**

ظاهر العبارة يقتضي أن يكون المراد أنّ لفظ البيع في مثل : « أَحَلَّ اللّٰهُ الْبَيْعَ »[1] مستعمل في الصحيح عند العرف ، بقرينة ورود الخطاب

---

١ ـ البقرة : ٢٧٥.

المذكور على طبق الاستعمالات العرفية ، فاذا كان المراد منه ذلك يكون اطلاق الحكم بالحلّ دليلاً على صحّته عند الشارع مطلقاً ، اذ لو كـانت صحّته عند الشارع مشروطة بشرط كان اللازم تقييد الحكم به .

و فيه : انّه بعد ما تقدّم من أنّ لفظ البيع موضوع للمؤثّر ، و أنّ الاختلاف بين الشرع و العرف ليس في مفهومه بل في مصداقه ، لا وجه لحمله على المؤثّر عند العرف ، بل المتعيّن حمله على المؤثّر واقعاً ، فانّه معناه عرفاً و شرعاً ، و كون الاستعمال جارياً على طبق الاستعمالات العرفية لا يصلح قرينة على حمله على غيره ، بل يوجب حمله على معناه الحقيقي ، و لو سلّم لزوم حمله على خصوص المؤثّر عرفاً كان نفس الحكم بالحل و وجوب الوفاء مقتضياً للحكم بصحّته شرعاً ، و لو لدلالته عليه بالالتزام ، لا أنّ ذلك مقتضى اطلاقه .

فالاولى أن يقال : انّ لفظ البيع يحمل على معناه و هو المؤثّر واقعاً ، و لما لم يكن طريق الى معرفته غير نظر العرف كان مقتضى ورود الكلام في مقام البيان تصديق نظر العرف في التطبيق ، اذ لولا ذلك كان الكلام حكماً على موضوع مجمل لعدم معرفة موضوعه .

و فيه ايضاً : انّ الحكم بالحل بعد ما كان نفسه مقتضياً للصحة لا مجال لحمل البيع على الصحيح المؤثر واقعاً ، لانّ البيع المذكور توأم الصحة فيكون حمل الصحة عليه لغواً ، بل المتعيّن حمل البيع على المؤثّر عرفاً لا غير ليصحّ جعله موضوعاً للحكم المذكور ، و يكون المعنى حينئذ أنّ البيع الصحيح عند العرف صحيح عند الشارع ، فيكون مفاد نفس الحكم المذكور تصحيح نظر العرف و تصويبهم في كون أفراد البيع صحيحة .

هذا بناء على اتّصاف البيع المسبّب بالصحة و الفساد كما هو مبناه ﷺ ، أمّا لو بني على عدم اتّصافه بذلك كما عرفت ، فالمراد من البيع امّا البيع

في نظر العرف أو البيع في نظر الشارع و لا ثالث لهما كما تقدم ، و لاجل امتناع الحمل على الثاني لما سبق من لزوم اللغوية ، اذ ليس الحلية الوضعية الاّ عبارة عن كونه بيعاً في نظر الشارع ، يتعيّن الحمل على الاوّل ، فيكون مفاد الدليل تصديق نظر العرف في تحقّق البيع و امضاء الاسباب العرفية ، و تنفيذ سببيتها .

هذا كلّه بناء على أنّ الحلية في مثل « أَحَلَّ اللّٰهُ الْبَيْعَ »[1] هي الحلية الوضعية كما سيجيء ان شاء اللّه تحقيقه في المعاطاة ، فلاحظ و تأمّل ، و اللّه سبحانه الموفّق المعين، و هو حسبنا و نعم الوكيل .

١ ـ البقرة : ٢٧٥.

الكلام في المعاطاة

ما ذكر من وجوه المعاطاة و المناقشة فيها

قوله رحمه الله : **و ربّما يذكر وجهان .**

ذكر ذلك في الجواهر .

قوله رحمه الله : **أن يقع النقل .**

عبارة الجواهر : أن يقع الفعل يعني التعاطي ، و المـراد مـن الابـاحة المزبورة الاباحة الّتي ذكرها في الصورة الاولى ، و هي الاباحة المطلقة و التسليط على التصرف .

قوله رحمه الله : **و يردّ الاوّل .**

الّذي يظهر من عبارة الجواهر أنّ المقصود من هذا الوجـه أن يـقصد المعطي مطلق التسليط الحاصل مع الملك و مع عدمه مع عـدم قـصده للملك و لا لعدمه ، و لذا احتمل حمله على الاباحة لأنّها الاصل فـيما يقصد به مطلق التسليط ، لانّ غيرها يحتاج الى قصد آخر بخلافها ، فانّها يكفي فيها مطلق التسليط .

فعليه لا فرق بين هذا الوجه و الوجه الاوّل الاّ أنّ الوجه الاوّل قـصد الاباحة على غير نحو الملك و في هذا الوجه قصد الاباحة مع الغفلة عن الملك و عدمه ، فلا مجال لاشكال المصنف قدس سره عليه بما ذكر .

نعم يتوجّه عليه بأنّ التسليط على نحو الملك ليس تسليطاً مالكيّاً بل هو شرعي ، فلا معنى لانشائه من المالك ، فانشاؤه من المالك راجع الى

الاباحة على الوجه الاوّل ، و لذا جعل المصنف ﴿قدّس سرّه﴾ الوجه الاوّل قصد الاباحة من دون نظر الى التمليك ، فلاحظ .

قوله ﴿رحمه الله﴾ : و الثاني بما تقدم .

قد عرفت اشكاله ، و لعلّ الوجه في الفرق بين هذا الوجه و الوجه الثاني عند صاحب الجواهر ﴿قدّس سرّه﴾ أنّ البيع عنده نفس النقل الّذي لا يلزمه التمليك و ان كان يترتّب عليه أحياناً ، فمرجع الوجه الثاني الى قصدهما التمليك بعنوان كونه متفرّعاً على النقل و المبادلة ، و الوجه الرابع الى قصدهما التمليك ابتداء ، فتأمّل جيّداً .

حكم المعاطاة

قوله ﴿رحمه الله﴾ : لكن بعض المعاصرين لمّا .

المراد به صاحب الجواهر ﴿قدّس سرّه﴾ قال : «فما عساه يظهر من المتأخّرين و متأخّريهم من أنّ محلّ النزاع فيما قصد به البيع مثلاً من الافعال و غير الاقوال المخصوصة مع جمع جميع شرائط البيع عدا الصيغة و أن المعظم يقولون بالاباحة فيه ، و الكركي و من تابعه بالبيع المتزلزل ، و الفاضل في النهاية بالبيع الفاسد كما ترى ، بل يمكن دعوى القطع بفساده بأدنى تأمل ، و أنّه لا ينبغي أن ينسب الى أصاغر الطلبة فضلاً عن أعاظم الاصحاب و كبرائهم ، بل مناص من القول بالفساد فيه لمن اشترط الصيغة في الصحة فضلاً عمن جعله عبارة عنها ، نعم يشرع عنده التعاطي بقصد الاباحة على معنى اباحة كلّ منهما التصرف للاخر على جهة المعاوضة . ـ الخ ».

أقول : اذا قصد المتعاطيان في اعطائهما اباحة التصرف للاخر ، فلا مجال ايضاً للخلاف في أنّ ذلك بيع صحيح لازم ، أو غير لازم ، أو أنّه

بيع فاسداً و أنّه اباحة صحيحة ،كما هو المشهور ، و بُعد وقوع الخلاف على هذا التقدير ليس بأقلّ من بُعده على تقدير ارادة المتعاطيين التمليك .

لكن الظاهر من عبارة الجواهر المذكورة و غيرها ليس هو أنّ محلّ النزاع و مورد الخلاف و الاقوال هو صورة قصد المتعاطيين الاباحة ، بل مراده انّ القول بالاباحة ليس مورده صورة قصد المتعاطيين التمليك بل خصوص صورة قصدهما الاباحة ، فلا ينبغي أن يعدّ في قبال القول بالملك و القول بالفساد لعدم كون موردها واحداً ، و ليس مقصوده أنّ محل النزاع و مورد الاقوال المذكورة صورة قصد الاباحة كي يتوجّه عليه ما ذكرناه ، و لذا ذكر في كلامه أنّ مورد كلام الشيخ و غيره في مثال الاعطاء للبقلي يمكن أن يكون المراد منه الصورة الثالثة و أن يكون الصورة الاولى .

نعم يتوجّه عليه ما ذكره شيخنا ﴿قدس سره﴾ من أنّه خلاف ظاهر كلمات القائلين بالاباحة بل خلاف صريح بعضها ، و العمدة ملاحظة كلماتهم و استظهار التقدير الّذي هو محل الخلاف ، و ان كان ذلك ايضاً لا يهمّ ، بل المهمّ تنقيح ما هو مفاد الادلّة بعد أن لم يكن اجماع يجب العمل به في قبال المستفاد منها .

قوله ﴿رحمه الله﴾ : **ولا ينافي ذلك قوله و ليس .**

وجه عدم المنافاة أنّ المراد به أنّه ليس من العقود الفاسدة الّتي لا يترتّب عليها الاثر أصلاً ، يعني لا تحقق المضمون و لا الاباحة ، و لو كان موضوع كلامه صورة قصد المتعاطيين الاباحة لما كان مجال لهذا التوهّم كي يتعرض لدفعه .

قوله ﴿رحمه الله﴾ : **و هو في الظهور قريب .**

كأنّ وجه توقّفه في دعوى قوّة ظهور الكلام فيما ادّعاه أنّ قوله : و ان جاز التصرف للتراضي ، ظاهر في الاباحة المالكية الحاصلة من التسليم فالاعطاء يكون بقصد الاباحة ، لكن لما لم يتخصّ كلامه المذكور بصورة فقد الايجاب و القبول بل يعمّ صورة تحقّقها بقصد التمليك و فوات بقية الشرائط فلا بدّ أن يكون موضوع كلامه صورة قصد التمليك و ان كانا بالتسليم يقصدان الاباحة ، فالكلام لا قصور في دلالته على مراد المصنف قدس سره .

قوله رحمه الله : و قال المحقق في الشرائع .

هذه العبارة انّما تتضمن أنّ المعاطاة المقصود بها التمليك لا تفيده ، و لا تعرّض فيها لترتّب الاباحة عليها ، اللّهم الّا أن يعلم من الخارج ، و كذا الحال في عبارة التذكرة .

قوله رحمه الله : و حاصله أن المقصود هو الملك .

قد عرفت فيما سبق أنّ البيع هو المبادلة بين المالين، فاذا كان المقصود بالمعاطاة هو المبادلة فعدم ترتّب المقصود انّما يكون بانتفاء المبادلة لا بعدم حصول الملك ، لانّ قصد التمليك ان كان من الخطأ في التطبيق و تخلّفه لا يوجب فوات المقصود بالمعاطاة كما في شراء الغاصب لنفسه ، و حينئذ اذا أمكن اعتبار المبادلة بلحاظ الاباحة بحيث يكون كلّ من البدلين قائماً مقام الاخر بلحاظ اباحته لمالكه لم يلزم وقوع ما لم يقصد و لا قصد ما لم يقع .

اللّهم الّا أن يقال : الاباحة الملحوظة في جعل البدلية ان كانت هي الاباحة المالكية ففيه :

أوّلاً : انّ البدلية انّما تكون بلحاظ الصفات الثابتة قبل جعلها ، بحيث تكون ثابتة للعين مع قطع النظر عن جعلها كالملكيّة و الوقفية و نحو ذلك ،

و الاباحة المالكية ليست كذلك ، فانّ العين قبل جعل البدلية لم تكن مباحة لمالكها اباحة مالكية .

و ثانياً : انّ الاباحة المالكيّة انّما يترتّب عليها جواز التصرف اذا كانت مجعولة للمالك في ظرف التفاته الى كونه مالكاً ، و مع قصد التمليك للغير لا مجال لذلك .

و ان كانت هي الاباحة الشرعية ، فهي ليست قائمة بالعين بما هي بل قائمة بها بما هي ملك مثلاً ، فما لم تكن البدلية في الملكيّة مثلاً يمتنع البدلية فيها لامتناع ثبوت الحكم بدون موضوعه ، و ايضاً فانّ الاباحة الشرعية مجعولة من الشارع لموضوعاتها فيمتنع أن تكون تحت جعل المالك تفصيلاً أو اجمالاً ، مضافاً الى أنّ ذلك لو تمّ في البيع المتضمّن للمبادلة لايتمّ في غيره ممّا لا يتضمّن ذلك .

بيان الاقوال حول المعاطاة

قوله رحمه الله : **لكن في عدّ هذا من الاقوال تأمل .**

كأنّه لاجل أنّ هذا القول يخرج المعاملة عن كونها بالمعاطاة بل تكون بالقول ، لكن صريح عبارة المختلف و الغنية و السرائر و التذكرة أنّ موضوع النزاع في المعاطاة أن يدفع قطعة الى البقلي فيقول : أعطني بها بقلاً ، و ظاهره عدم منافاة القول للمعاطاة ، و كأنّه لأنه لم يقصد بالقول الانشاء ، و انّما قصد به الدلالة على ما هو موضوع التراضي ، أو لأنّهم يعتبرون صيغة مخصوصة في العقد بنحو لا يكون القول المذكور منها ، نعم ظاهر عبارة المحقق الثاني اعتبار عدم اللفظ الدالّ على المراد ، فلاحظ .

ما استدل به على أنّ المعاطاة تفيد الملكية

الاستدلال بالسيرة

قوله رحمه الله : حيث انّه يدلّ على حلية .

اذا باع زيد فرسه على عمرو بدراهم معيّنة مثلاً فالتّصرفات المترتّبة على البيع المذكور مختلفة الاحكام ، فبعضها يكون محكوماً بالحلّ التكليفي كركوب عمرو للفرس و وضع يده عليها ، و بعضها محكوم بالحلّ الوضعي كوقفها و بيعها و اجارتها و نحوها ، و بعضها محكوم بالوجوب كالانفاق عليها ، و بعضها يكون محكوماً بغير ذلك ، فحمل الحلّ المذكور في الآية الشريفة على حلّ التصرفات ممّا لا يمكن اذا كان المراد جميع تلك التصرفات ، و حمله على حلّ البعض منها ممّا لا قرينة عليه و لا وجه له .

و ايضاً فانّ أحكام تلك التصرفات قد تضمّنتها أدلّة تشريعها ، فتشريعها بهذا الدليل ثانياً ممتنع ، و حملها على التأكيد لتلك الادلّة خلاف الظاهر جدّاً ، و تشريع حليته ثانية لتلك التصرفات بعنوان البيع كما ترى ، و ايضاً فانّ الحمل على التصرفات محتاج الى تجوّز أو تقدير ، و هو ايضاً خلاف الظاهر .

و عليه يتعيّن ابقاء الكلام على ظاهره و تعليق الحلّ على نفس البيع ، ثمّ يتردد الامر بدواً بين أن يكون المراد من الحلّ الحلّ الوضعي الراجع الى تحقق البيع و ترتّب أثره عليه في نظر الشارع ، و بين أن يكون المراد منه التكليفي ، فنقول :

قد عرفت في آخر المبحث السابق أنّ البيع بالمعنى المسبّب ممّا لا يتّصف بالصحة و الفساد ، بل انّما يتّصف بالوجود و العدم ، فان أريد

منه مفهومه بلحاظ أفراده بتوسّط اعتبار الشارع تعيّن حمل الحلّ عـلى الحلّ التكليفي يعني الرخصة في التسبّب اليه و نـفي العـقاب عـليه ، اذ لا معنى للحلّ الوضعي الراجـع الى الارشـاد الى تـحقّقه بـتحقّق مـنشأ اعتباره ، لكون المفروض كونه متحقّقاً في نظر الشارع ، و ان أريد مـنه البيع العرفى أمكن كون الحلّ ارشاداً الى تحقّقه و اعتباره ايضاً في نـظر الشارع ،كما يمكن أن يكون تكليفيّاً .

و لاجل أنّ الظاهر من الحـلّ و الحـرمة فـي أمـثال هـذه الخـطابات الارشاد، لانّ الاهتمام بها آكد لما يـترتّب عـلى ذلك مـن الارشـاد الى أحكام كثيرة كما عرفت ، يتعيّن حمل البيع على البيع العرفي ، فـيكون مفاد الآية الشريفة تصديق نظر العرف في تحقّق البـيع و تـصويبهم فـي بنائهم على سببّية سببه و كونه منشأ لاعتباره .

و لا ينافى ذلك المقابلة بين حليّة البيع و حرمة الربا ، فانّ الحرمة للربا ايضاً ارشادية الى عدم تملك الزيادة و بقائها على ملك المـالك ، اذ لو حمل على الحرمة التكليفية فهي امّا عين الحرمة الثابتة لمـال الغـير أو غيرها ، و الثاني لايمكن الالتزام به ، لأنّه يـلزمه الالتـزام فـي المـخالفة بترتّب عقابين و في الموافقة بترتّب ثوابين ، و هو كما ترى ، و الاوّل يلزم منه التأكيد و هو خلاف الاصل ، فيتعيّن ما ذكرنا .

و لو فرض قوّة ظهور البيع في البيع الشرعي المستتبع لحمل الحـلّ على التكليفي فنفس معنى الكلام وان كان يقتضى الحلّ التكليفي للبيع الشرعي لا غير الاّ أن مقتضى الاطلاق المقامي للكلام الوارد فـي مـقام البيان الّذي لا طريق الى معرفة موضوعه الاّ نظر العرف هو امضاء نظرهم ، كما هو الحال في أمثال المقام و نظائره .

و ما اشتهر من أنّ نظر العرف انّما يتبع في تنقيح المفهوم لا في تنقيح

المصداق يختصّ بما له واقع محفوظ في نفسه يخطؤه العرف تارة و يصيبه أخرى ، لا ما اذا لم يكن له واقع محفوظ و يختلف اعتباره باختلاف الانظار .

و ما ذكرنا يطرد في جميع الاعتباريات الّتي تؤخذ موضوعاً للاحكام الشرعية في لسان الشارع ، فانّ مقتضى الاطلاق فيها امضاء الاسباب العرفية ، فلاحظ .

قوله رحمه الله : **فمرادهم بالبيع المعاملة اللازمة .**

قال في الغنية : و أمّا شروطه يعني البيع فعلى ضربين: أحدهما شرائط صحّة انعقاده ، و الثاني شرائط لزومه ، فالضرب الاوّل ثبوت الولاية في المعقود عليه ـ الى ان قال : ـ و أن يحصل الايجاب من البائع و القبول من المشتري ـ ثمّ شرع في الاستدلال على ذلك ، الى أن قال : ـ و اعتبرنا حصول الايجاب من البائع و القبول من الشمتري تحرزاً ـ الى آخر ما نقله المصنف رحمه الله .

و صريح العبارات المذكورة دعوى الاجماع على عدم انعقاد البيع بذلك لا عدم لزومه ، كما اعترف المصنف قدس سره بذلك في ذيل ما يتعلّق بنقل كلماتهم .

قوله رحمه الله : **و لذا صرّح في الغنية بكون .**

قد عرفت أنّ هذا شاهد على عدم انعقاد البيع بالمعاطاة ، و أنها ليست بيعاً عنده لا أنها ليست بيعاً لازماً ، نعم لو كان مراد ابن زهرة رحمه الله اعتبار ذلك شرعاً في الصحة و عدم اعتباره عرفاً و أنّه يصدق البيع عرفاً بالمعاطاة ، صحّ التعليل بما ذكر ، لكنه غير ظاهر في ذلك.

اللّهم الّا أن يكون من جهة تمسّكه بالاجماع ، اذ لو كان لا يرى صدقه عرفاً بالمعاطاة كان التمسك به على البطلان أولى ، لعدم المقتضى

للصحة حينئذ ، بخلاف التمسك بالاجماع فانّه تمسّك بالمانع .

قوله ﵀ : **قد عرفت الحال فيها .**

قد تقدّم منه في ذيل الكلام في تعريف البيع تحقيقها .

الاستدلال بآية التجارة

قوله ﵀ : **يظهر وجه التمسك .**

هذه الآية الشريفة بقرينة المستثنى منه ، و هو قوله تعالى : « **لاٰ تَأْكُلُوا اَمْوٰالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبٰاطِلِ** »[١] ، ظاهرة في حلّ التصرف الخارجي الّذي هو مثل التصرف بالاكل ، فلا مجال فيها لما سبق في الآية الاولى ، نعم مقتضى كون موضوع المستثنى منه هو الباطل الّذي لا ينطبق على التجارة ، سواء أكانت صحيحة شرعاً أم عرفاً ، لأنها ليست من الباطل ، يكون الاستثناء منقطعاً الّذي هو الاخراج من المفهوم المتوهم .

ثمّ انّ مقتضى مقابلة الجمع بالجمع في المستثنى منه و ان كان يقتضي التوزيع نحو قوله تعالى : « **اُدْخُلُوا مَسٰاكِنَكُمْ** »[٢] ، و « **حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهٰاتِكُمْ** ـ الآية »[٣] ، و « **قُوا أَنْفُسَكُمْ وَ أَهْلِيكُمْ** »[٤] ، و « **أُحِلَّ لَكُمْ لَيْلَةَ الصِّيٰامِ الرَّفَثُ إِلىٰ نِسٰائِكُمْ** »[٥] ، و « **يُوصِيكُمُ اللّٰهُ فِي أَوْلاٰدِكُمْ** »[٦] ، الى غير ذلك ، لكن الظاهر منه في المقام حرمة أكل كلّ مال غيره ، فالمراد من المستثنى أكل مال الغير

---

١ ـ النساء : ٢٨.

٢ ـ النمل : ١٨.

٣ ـ النساء : ٢٣.

٤ ـ التحريم : ٦.

٥ ـ البقرة : ١٨٧.

٦ ـ النساء : ١١.

بنحو الاتّجار و الاكتساب عن تراض ، يعني يجوز أكل مال الغير اذا كان المال اكتساباً عن تراض .

و المراد من التجارة فيه التجارة العرفية لا الشرعية بقرينة التقييد بالتراضي ، فتدلّ الآية على نفوذ التجارات العرفية الواقعة عن تراض ، بناء على كون الحلّ فيه ارشاديّاً كما هو الظاهر ، على ما عرفت في الآية السابقة .

الاستدلال بحديث السلطنة

قوله رحمه الله : لانّ عمومه باعتبار أنواع .

عدم السلطنة على المال تارة يكون لقصور في الفاعل كالاجنبي عن المال ، فانّه لا سلطنة له عليه لقصوره في نفسه ، و أخرى يكون لقصور في المال ، كالعين المرهونة الّتي لا يجوز للراهن التصرف فيها ، فانّ عدم سلطنته على التصرف ناشىء من قصور في نفس المال لكونه موضوع الحق الخاص ، و ثالثة يكون للقصور في السبب مثل بيع المال مع الجهل بالعوضين ، فانّ عدم صحّته لا لقصور في المالك و لا في المبيع و لكنّه لقصور في العقد مع الجهل المذكور .

و الظاهر من النبوي الشريف جعل السلطنة و نفي القصور من الجهتين الاوّلتين لا مطلقاً ، و لذا لا يظنّ أنّ أدلّة الشرائط للعقود و الايقاعات مخصّصة للحديث الشريف ، فاذا شكّ في المقام في اعتبار اللفظ في صحّة البيع فلا يصلح الحديث لرفع الشك المذكور ، لأنّه لا يرجع الى الشك في تخصيصه حتّى تكون أصالة العموم محكّمة .

ما يستشكل على هذا القول

قوله رحمه الله : حتّى المتوقّفة على الملك كالبيع .

التوقّف في الامثلة المذكورة ليس على نسق واحد ، فانّ التوقف في الوطء لو سلّم فليس لتوقّف نفس الوطء عليه بل المتوقّف جوازه تكليفاً ، و في البيع و العتق المتوقّف جوازه وضعاً الراجع الى توقّف ذاته بحيث لولا الملك لا بيع و لا عتق حقيقة .

و من هنا يظهر أنّ ثبوت الاباحة في الوطء من أوّل الامر يقتضي ثبوت الملكيّة كذلك ، لدلالة ثبوت الحكم على ثبوت موضوعه ، و لا تتوقّف دلالة دليل الاباحة على الملكيّة على تحقّق الوطء بخلاف جواز البيع و العتق وضعاً ، فانّه لو لم يتحقّق البيع لا طريق الى ثبوت الملكيّة .

ثم ان في عموم الاباحة المستفادة من الآيتين الشريفتين للتصرفات الّتي هي موضوع الاباحة الوضعية خفاء ، اذ الآية الثانية انّما دلّت على حليّة الاكل تكليفاً ، و التعدّي الى حليّة البيع و نحوه وضعاً غير ظاهر ، و أمّا الاولى فهي و ان كانت مطلقة الاّ أنّه لمّا لم يكن جامع بين الحليّة التكليفيّة و الوضعيّة امتنع شمولهما معاً ، و دار الامر بين حملها على الاولى و الثانية ، لكن الاولى أظهر .

قوله رحمه الله : الّذي لا يعلم ذلك منهم .

يعني لا يعلم بناؤهم على توقّف التصرف على الملك ، بل من الجائز بناؤهم على عدم توقّفه عليه ، كما يقتضيه اطلاق كلامهم في نفي الملك و جواز التصرف .

قوله رحمه الله : غاية الامر.

يعني لو بنينا على ثبوت بنائهم على الوقف فالمقدار اللازم من التوقّف هو الملكيّة آناًما لا من أول الامر .

هذا ، و لكن عرفت أنّ الاباحة في الوطء بناء على التوقّف تقتضي ثبوت الملكيّة من أوّل الامر ، مضافاً الى أنّ صحّة البيع و العتق و نحوهما و ان لم تقتضي ثبوت الملكيّة من أوّل الامر لكن ثبوتها قبل التصرف آناًما خلاف قاعدة السلطنة الجارية في حق المالك ، و ثبوتها من أوّل الامر لا مخالفة فيه لها لكونها مقصودة للمتعاطيين، فيتعيّن البناء عليه لئلّا يلزم من البناء على الاوّل تخصيص القاعدة .

و بالجملة مقتضى عموم جواز التصرف المتوقّف على الملك و ان كان هو ثبوت الملك امّا مقارناً للتصرف أو من أوّل الامر ، الاّ أنّه يتعيّن الثاني لئلّا يلزم تخصيص قاعدة السلطنة بالبناء على الاوّل .

نعم هذا الاشكال يبتني على حجيّة أصالة عدم التخصيص لاثبات عنوان الموضوع أو نفيه ، اذ الملكيّة حال التصرف معلومة و الملكيّة من أوّل الامر ليست على خلاف السلطنة كي يكون العموم مرجعاً في نفيها فانّما المقصود اثبات أنّ الملكيّة حال التصرف ثابتة من أوّل الامر حتّى لا يلزم التخصيص ، و العموم ليس حجّة في مثل ذلك على ما هو التحقيق.

الوجه في توقّف الوطء و البيع و العتق و الوصية على الملك

الوجه في توقّف الوطء على الملك قوله تعالى : « اِلاَّ عَلىٰ أَزْواجِهِمْ أَوْ ما مَلَكَتْ أَيْمانُهُمْ »[1] ، حيث دلّ على انحصار الجواز في الامرين، غاية الامر ما دلّ على جواز وطء المحلّلة من الاجماع و النصوص اقتضى الخروج عن هذا الظاهر ، لكن المقام ليس منه ، لعدم الاباحة المالكية ، فيتعيّن أن يكون من ملك اليمين بعد انتفاء الزوجية .

---

١ ـ المؤمنون : ٦.

و فيه ما عرفت من توقّف ذلك على حجيّة العـام فـي اثـبات عـنوان موضوعه و نفيه، و هو خلاف التحقيق، بل أصالة العموم انّما تكون حجّة في ظرف احراز الموضوع و الشك في الحكم فلا تكون حجّة في صورة العكس كما في المقام، حيث يعلم بجواز الوطء و لكن يشك في تحقق الملك فلا تخصيص للحصر المذكور و في عدمه فيلزم التخصيص.

و أمّا الوجه في توقّف البيع على الملك، فهو انّ البيع من المعاوضات الموجبة لدخول كلّ من العوضين في ملك من خرج منه الآخـر، فـلولا دخول المبيع في ملك البايع لم يدخل الثمن في ملكه بل يدخل في ملك المعطي.

لكن هذا الوجه يتوقّف على الاجماع على دخول الثمن في ملك البايع في المقام كما هو الظاهر.

و أمّا الوجه في توقّف العتق على الملك، فهو نفي الخلاف المحكي عن المبسوط، و أمّا قوله عليه السلام: «لا عتق الاّ في ملك» [1]، فـغير ظـاهر الدلالة على ذلك، و ان حكي عن المبسوط التمسك به، اذ من المحتمل ارادة أنّه لا عتق الاّ فى ملك المعتق لعدم السلطنة عليه.

لكن في الاعتماد على نفي الخلاف المحكي تأمّلاً، و ان كان هو ظاهر الاصحاب، و يترتّب عليه عدم جواز التبرّع بالعتق عن الغير الاّ أن يقوم عليه دليل كما في عتق الابن عن أبيه الميت، حيث ورد في حسن بريد صحّته [2].

---

١ ـ الكافي ٦:١٧٩، قرب الاسناد: ٥٠، التهذيب ٨:٢١٨، عنهم الوسائل ٢٣:١٥.

٢ ـ عن بريد بن معاوية العجلي قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن رجل دبّر مملوك له تاجراً موسراً، فاشترى المدبّر جارية بأمر مولاه، فولدت منه أولاداً، ثمّ انّ المدبّر مات قبل سيّده، ←

و أمّا وجه توقّف الوصية على الملك ، فالعمدة فيه عدم الدليل على نفوذها الموجب للرجوع الى أصالة عدم ترتّب الاثر ، و اطلاق نفوذ الوصية مختصّ بالوصية بمال نفسه ، فلو أوصى بمال زيد لعمرو بعد وفاته أعنى وفاة الموصي لم ينفذ ، سواء أجاز المالك أم أذن في ذلك قبل الوصية أم لا ، أمّا في الثانية فلعدم السلطنة له على مال الغير ، و أمّا في الاولى فلانّ الاذن أو الاجازة انّما تقتضيان صحّة نسبة الوصية الى المالك ، و في المقام لا معنى له ، لعدم تعليق التمليك على وفاة المالك ، فلا يشملها دليل نفوذ الوصية ، بل مقتضى اطلاق معقد الاجماع على بطلان التعليق البطلان .

نعم لو أوصى بمال زيد لعمرو على تقدير وفاة زيد عن اذن من زيد أو كان قد أجاز ذلك لزمت الوصية ، و كانت وصية لزيد لا له بخلاف الصورة الاولى .

و أمّا الوجه في توقّف الاخراج في الخمس و الزكاة على الملك فغير ظاهر ، اذ الظاهر جواز تبرّع الغير في الوفاء عمّا في ذمّة المالك منهما ، كما تحرّر في كتاب الزكاة ، اذ هما كغيرهما من الديون الّتي يجوز التبرّع بوفائها ، و كون أداء الخمس و الزكاة من العبادات لا ينافي ذلك ، لانّ الاصل جواز النيابة في العبادات ، على ما تحرّر في مبحث القضاء عن الاموات ، مع أنّه لو فرض البناء على عدم جواز التبرّع في نحوهما من العبادات أمكن البناء على الجواز في المقام ، لانّ المفروض تولّي المكلّف للوفاء بنفسه ، غايته أنّه بمال الغير ، فاذا فرض اقتضاء المعاطاة

← قال : فقال : أرى أنّ جميع ما ترك المدبّر من مال أو متاع فهو للذي دبّره ، و أرى أنّ امّ ولده للذيّ دبّره ، و أرى أنّ ولدها مدبّرون كهيئة أبيهم ، فاذا مات الّذي دبّر أباهم فهم أحرار ، الكافي ٦:١٨٥.

للاباحة و جواز التصرف في العوضين فلا مقتضي للمنع كما في الديون غير العبادية.

و من ذلك يظهر عدم توقّف ثمن الهدي على الملك، و لا سيّما و قد ورد في النصوص جواز الذبح عن العبد[1] و الصبي[2]، و أن رسول اللّه صلى الله عليه و آله ذبح عن أمّهات المؤمنين بقرة بقرة، و نحر عن علي عليه السلام أربعاً و ثلاثين بدنة[3]، و غير ذلك.

فاذا جازت النيابة جاز الهدي بملك الغير، نعم لو اشتراه بالمال المأخوذ بالمعاطاة و بني على تمامية الاجماع على دخوله في ملكه بالشراء توقّف ذلك على دخول الثمن في ملكه، على ما عرفت من توقّف البيع على الملك، لكن لا خصوصيّة حينئذ لثمن الهدي في ذلك بل يجري في ثمن كلّ مبيع.

قوله رحمه الله: **فهي كسائر سيراتهم الناشئة.**

هذا ممنوع جدّاً، اذ ذلك سيرة المتديّنين المبالين كما يظهر بالمراجعة الى طريقتهم.

---

١ ـ عن جميل بن دراج قال: سأل رجل ابا عبدالله عليه السلام عن رجل أمر مملوكه أن يتمتع، قال: فمره فليصم و ان شئت فاذبح عنه (التهذيب ٥:٢٠٠، الاستبصار ٢:٢٦٢، عنهما الوسائل ١٤:٨٣).

٢ ـ عن عبدالرحمان بن أبي عبدالله، عن ابى عبدالله عليه السلام قال: يصوم عن الصبي وليه اذا لم يجد له هدياً و كان متمتعاً (التهذيب ٥:٤١٠، عنه الوسائل ١٤:٨٧).

٣ ـ عن معاوية بن عمار، عن ابى عبدالله عليه السلام قال: ذبح رسول الله صلى الله عليه و آله عن امهات المؤمنين بقرة بقرة، و نحر هو ستاً و ستين بدنة، و نحر على عليه السلام أربعاً و ثلاثين بدنة ـ الحديث (التهذيب ٥:٢٢٧، عنه الوسائل ١٤:١٠٠).

كلام بعض الاساطين حول المعاطاة

قوله ﵀ : **مع أنّ ما ذكر من أنّ للفقيه .**

يريد انّه و ان كان يجوز للفقيه الالتزام بالملكية حال التصرف بالنظر الى دلالة الآيتين الشريفتين ، لكنّه لا يمكن ذلك بملاحظة ما ذكره بعض الاساطين ﷺ من موجبات الاستبعاد ، فلا تناقض بين الكلامين .

قوله ﵀ : **مع العلم ببقاء مقابله.**

في بعض النسخ : انتفاء مقابلة ، و الظاهر أنّه غلط ، كما أنّ ما في النسخة من قوله : فينفى بالاصل ، غلط ايضاً .

و الصحيح : فيبقى بالاصل ، يعني : مع عدم العلم ببقاء مقابله يحكم ببقائه بالاصل ، و مع البقاء لا ملك ، و مع ذلك تتعلّق الامور المذكورة الّتي هي من أحكام الاملاك .

ما استشكل الشيخ ﵀ على كلام بعض الاساطين

القاعدة الاولى :

قوله ﵀ : **ليست عند القائل بالاباحة ـ الخ .**

قد يوهم التعبير المذكور اختصاص التبعية بالعقود و ما قام مقامها شرعاً، فيوجّه عليه الاشكال بالمنع من هذا الاختصاص ، و لكنّه ليس ذلك بمراد و انّما كان التعبير المذكور جرياً على عبارة شرح القواعد ، و الاّ فالتعليل الّذي ذكره في قوله ﵀ : فانّ تبعية العقد للقصد ـ الخ ، لا يختصّ بالعقود ، بل يطرد في جميع الاسباب الانشائية ، من غير فرق بين العقود و الايقاعات و غيرهما .

و كيف كان فهذا الاشكال انّما يتضمّن رفع امتناع كون المعاطاة

المقصود بها التمليك لا يترتّب عليها التمليك، و يترتّب عليها الاباحة، و ليس فيه مخالفة للقواعد و لا هو من القواعد الجديدة.

قوله رحمه الله: **يؤثّر في ضمان كلّ من العوضين.**

لو كان الاثر المذكور للعقد لاقتضى ترتّبه و ان لم يكن قبض و لا يقولون به، بل الضمان عندهم للقبض سواء أكان الوجه فيه الاقدام على الضمان كما هو المذكور في كلام الاكثر، أم قاعدة اليد كما هو التحقيق، لا أنّ السبب الموجب للضمان هو الاقدام على الضمان بالمسمّى حتّى يكون نظيراً لما نحن فيه من جهة عدم ترتّبه، و انّما المترتّب الضمان بالمثل و القيمة.

لما عرفت من أنّ الضمان لو كان بالاقدام لزم البناء على الضمان و ان لم يتحقّق القبض و لا يقول به أحد، بل انّما بنوا على الضمان بالمثل في القبض و ان كان الوجه في اقتضائه الضمان هو الاقدام المعاملي، فلا يكون المقام نظيراً لما نحن فيه لاختلاف الموضوع.

قوله رحمه الله: **و توهّم أنّ دليلهم.**

سيجيء منه قدس سره في قاعدة: ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده، أنّه لا يبعد أن يكون مراد الشيخ و من تبعه من الاستدلال على الضمان بالاقدام على الضمان بيان عدم المانع عن مقتضى اليد في الاموال و الاعمال من الضمان، فالضمان يكون عندهم باليد لا بالاقدام.

و لو سُلّم عدم صحّة حمل كلامهم على ذلك لم يكف في رفع الاستبعاد و وجود النظير، بناؤهم على ذلك و ان كان خطأ، فانّ النظير المبني على الخطأ لا يرفع الاستبعاد، و لا يصلح ردّاً على شارح القواعد كما لا يخفى.

قوله رحمه الله: وكذا الشرط الفاسد.

سيجيء في محلّه أنّ الوجه في صحّة العقد المشروط بالشرط الفاسد أنّ انشاءه على نحو تعدّد المطلوب ، فبطلان المشروط لا يلزم منه بطلان المطلق ، و كذا الحال في بيع ما يملك و ما لا يملك على ما يأتي في محلّه ان شاء اللّه .

قوله رحمه الله : **يقع للمالك .**

قد أشرنا في البحث عن معنى البيع أنّ الوجه في ذلك هو أنّ المقصود في البيع المبادلة بين المالين، و قصد الملك للموجب و القابل أو غيرهما ممّا لا دخل له في قصد المبادلة ، و لكنّه من المقارنات له ، فعدم حصول المقصود كما لو كان القصد خطأ من القاصد في التعليق لا يقدح في صحة المعاملة ، لخروج القصد المذكور عنها .

فلو اعتقد كلّ من البائعين أنّ طرفه أصيل فقصد تمليكه بناء منه أنّه من مقتضى المبادلة المذكورة فيتبيّن أنّه وكيل و أنّ الملك الحاصل من المبادلة لموكّله لا يضرّ ذلك في صحّة المعاملة و ترتّب أثرها عليها ، و لا يكون من وقوع ما لم يقصد و لا من عدم وقوع ما قصد ، لاختصاص ذلك بالقصد الّذي هو قوام المعاملة لا ما هو أجنبي عنها ، و سيجيء ان شاء اللّه توضيح ذلك في الفضولي .

قوله رحمه الله : **يجعله دائماً على قول نسبه في .**

استدلّ له في الجواهر مضافاً الى ظهور بعض النصوص فيه ، بأنّ اعتبار الاجل في المتعة على جهة الشرطية الخارجة عن معنى النكاح ، فمع عدم ذكر الشرط لا أثر له ، بناء على أنّ الشرط المقدّر لا يجري عليه حكم المذكور ، فقصد النكاح حينئذ بحاله .

و توضيح ذلك : انّ الزوجية من الاعتباريات الّتي يكفي في اعتبارها حدوثاً حدوث سببها ، و لا يحتاج في اعتبار بقائها الى سبب ، بل يكفي

في صحّته اعتبار حدوثها، فما لم يوجد المزيل لها يصحّ اعتبار بقائها، فالمنشأ في النكاح الدائم مجرّد حدوث الزوجية لا بقاؤها و دوامها، فانّها تبقى و تدوم بنفسها لا بالانشاء.

و عليه فالفرق بين النكاح الدائم و المنقطع ليس في أنّ الاوّل أنشىء فيه الدوام و الثاني لم ينشأ فيه ذلك، بل الفرق بينهما بعد اشتراكهما في انشاء حدوث الزوجية في أنّ الاوّل لم ينشأ فيه سوى حدوث الزوجية، و الثاني أنشىء فيه انقطاعها، فالعقد الّذي يتضمّن انشاء الانقطاع منقطع، و الّذي لم يتضمّن انشاء الانقطاع دائم، فاذا قصد المتناحكان الانقطاع و لم يذكراه لفظاً لم ينفع القصد المذكور في حصول الانقطاع لعدم وقوعه تحت الانشاء، فتبقى الزوجية بحالها على مقتضى طبعها، كما لو قصدا اشتراط شيء فنسيا ذكره في العقد.

و أورد عليه المصنف ﷺ بأنّ الّذي يظهر من النصوص و الفتاوى أنّ الدائم و المنقطع حقيقتان مختلفتان، و ليس الفرق بينهما من قبيل الفرق بين المطلق و المشروط، و استدلّ على ذلك بقول الفقهاء، اذا أخلّ بالاجل انقلب دائماً، اذ لولا الاختلاف في الحقيقة كان المناسب أن يقولوا: يبقى العقد دائماً، و باتّفاق النصوص و الفتاوى على أنّ المهر ركن في المنقطع دون الدائم، فانّه يدلّ على أنّ المقصود بالمنقطع المعاوضة بين الانتفاع و المهر فلذا لزم ذكر العوض، و بأنّه لولا ذلك كان اللازم انعقاد الدوام عند ترك ذكر المهر و الاجل، مع أنّ ظاهر المسالك الاتّفاق على البطلان حينئذ، و بأنّه لولا ذلك لم يكن وجه لسقوط بعض المهر عند عدم تمكين الزوجة في بعض المدّة في المنقطع مع بنائهم على عدم السقوط بذلك في الدائم.

قلت: ما ذكره ﷺ لا يخلو من خفاء، اذ المذكور في النصوص: انّه

نكاح و تزويج الى أجل [١]، في مقابل الدائم الّذي هو تزويج بلا أجل أو تزويج مقام [٢]، و كذلك المذكور في الفتاوى، و قد اشتهر في كلامهم التعبير عنهما بالنكاح الدائم و المنقطع.

نعم ورد في بعض النصوص تعليل بينونتها بانقضاء الاجل بأنّها مستأجرة [٣]، لكنّ الظاهر منه بقرينة عدم بناء الفقهاء على ترتيب أحكام الاجارة من الفساد لعدم قابليتها للانتفاع بها لمرض، أو موت أو حيض، أو غيرها، أو لعدم قابلية الزوج لذلك، و غير ذلك من أحكام الاجارة، أنّها ليست كالزوجة الدائمة يحتاج في رفع زوجيتها الى رافع بل ترتفع زوجيتها بانقضاء الاجل كما هو مقتضى التأجيل و التحديد.

و كذا يتعيّن حمل ما ورد من تعليل عدم حرمتها بالفراق الثالث [٤] بذلك ايضاً على ارادة أنّها ليست كالزوجة الدائمة يقصد منها نوعاً الزوجية الدائمة و التناسل و غير ذلك من الدواعي الى التزويج الدائم، بل هي

---

١ ـ عن الفضل الشيباني باسناده الى الباقر عليه السلام عن رسول الله صلى الله عليه و آله انه قال: انه نكاح بأجل (وسائل الشيعة ٢١:١٠).

٢ ـ عن أبان بن تغلب في حديث صيغة المتعة أنه قال لابي عبدالله عليه السلام: فاني أستحيي أن أذكر الايام، قال: هو أضر عليك، قال: و كيف؟ قال: لانك ان لم تشرط كان تزويج مقام ـ الحديث (الكافي ٥:٤٥٥، عنه الوسائل ٢١:٤٧).

٣ ـ عن عبيد بن زرارة، عن أبيه، عن أبي عبدالله عليه السلام قال: ذكرت له المتعة أهي من الاربع؟ فقال: تزوّج منهنّ ألفاً فانّهنّ مستأجرات (الكافي ٥:٤٥٢، التهذيب ٧:٢٥٨، الاستبصار ٣:١٤٧، عنهم الوسائل ٢١:١٨).

٤ ـ عن زرارة، عن أبي جعفر عليه السلام في الرجل يتزوّج المتعة و ينقضي شرطها، ثم يتزوجها رجل آخر حتّى بانت منه، ثم يتزوجها الاول حتى بانت منه ثلاثاً، و تزوجت ثلاثة أزواج، يحل للاول أن يتزوّجها؟ قال: نعم كم شاء، ليس هذه مثل الحرة، هذه مستأجرة، و هي بمنزلة الاماء (الكافي ٥:٤٦٠، عنه الوسائل ٢٢:١٦٩).

يقصد من تزويجها الانتفاع بها في وقت معين.

فالفرق بينهماكالفرق بين دار السكنى و دار الاجارة ، و منزل الوطـن و منزل الاقامة في السفر ، و لذا عطف على التعليل المذكور قوله عليه السلام : « و هي بمنزلة الاماء » في مرسل ابن أبي عمير عن بعض أصحابنا ، عن زرارة ، عن ابي جعفر عليه السلام : قلت له :

« الرجل يتزوّج المتعة و ينقضي شرطها ثم يتزوجها رجل آخر حتّى بانت منه ، ثم يتزوجها الاوّل حتّى بانت منه ثلاثاً و تزوّجت ثلاثة أزواج يحلّ للاول أن يتزوجها ؟ قال عليه السلام : نعم كم شاء ، ليس هذه مثل الحرة ، هذه مستأجرة و هي بمنزلة الاماء »[١].

فلولا أن يكون المقصود الجهة المشتركة بينهما و بين الامة ، من كون الداعي الى تزويجها الانتفاع بها موقّتاً بخلاف الحرّة لم يحسن العـطف المذكور ، فهذا التعبير لم يقصد منه شرح ماهية العقد المنقطع ، و انّما قصد به تعليل حكم آخر ، نظير ما ورد في جـواز النـظر الى مـن يـريد تزويجها من قوله عليه السلام : « انّما يريد أن يشتريها بأغلى الاثمان »[٢].

و أمّا التعبير بالانقلاب في كلام الفـقهاء فـيكفي فـيه الاخـتلاف بـين المقصود و الواقع في الدوام و الانقطاع ، و لا يـتوقّف عـلى الاخـتلاف بالذات ، مع أنّه لا يعارض تعبيرهم بالدائم و المنقطع كما عرفت ، و كون المهر ركناً في المنقطع لا يدلّ على شيء ، لجواز مخالفته للدائم في ذلك كمخالفته له في جملة من الاحكام ، و لذا كان القبض ركـناً فـي السـلم

---

١ ـ الكافي ٥: ٤٦٠، عنه الوسائل ٢٢: ١٦٩.

٢ ـ عن عبدالله بن سنان ، قال : قلت لابي عبدالله عليه السلام : الرجل يريد أن يتزوج المـرأة أينظر الى شعرها ؟ فقال : نعم انما يريد أن يشتريها بأغلى الثـمن (التـهذيب ٧: ٤٣٥، الفـقيه ٣: ٢٦٠، عنهما الوسائل ٢٠: ٨٩).

و لم يوجب ذلك مخالفته للبيع المعجّل ذاتاً ، اذ الفرق بينهما في التعجيل و عدمه لا غير .

و اجماع المسالك ـ ان جاز الاعتماد عليه ـ كان هو الموجب للخروج عن القاعدة الّتي عرفتها ، و الّا كان العمل عليها متعيّناً ، و سقوط بعض المهر يجوز أن يكون من أحكام التأجيل المذكور تعبّداً كغيره من الاحكام مع أنّه معارض بعدم السقوط لو كان المانع غير اختياري من حيض و نحوه ، و بما اتفق عليه النص و الفتوى من أنّه اذا وهبها المدة قبل الدخول لزمه نصف المهر ، اذ لو كان مضمون المتعة المعاوضة كان اللازم تمام المهر ، و بغير ذلك ، فراجع و تأمل .

قوله رحمه الله : **مطابق للاصل .**

على ما تقدّم في الايراد الاوّل ، من أنّه لم يدلّ على صحّة المعاطاة دليل .

القاعدة الثانية :

قوله رحمه الله : **اذا كان مقتضى الجمع .**

الجمع بين الادلّة المذكورة لا يقتضي كون ارادة التصرفات من المملّكات ، و انّما يقتضي ثبوت الملكيّة حال التصرف الموقوف عليها في رتبة سابقة عليه ، و أمّا كون المملّك هو الارادة أو غيرها فشيء لا يقتضيه الجمع بين الادلّة .

و من ذلك يتوجّه الاشكال على شارح القواعد ايضاً ، اذ ليس من لوازم القول بالاباحة و الملك حال التصرف ذلك ايضاً .

قوله رحمه الله : **فيكون كتصرف ذي الخيار .**

يعني كما أنّ تصرف ذي الخيار فيما انتقل عنه أحد التصرفات

المذكورة الموقوفة على الملك يكشف عن انفساخ العقد و رجوع المال الى ملكه و كذا تصرّف الواهب في الهبة يكشف عـن ذلك ، كـذلك فـي المقام يكون التصرف كاشفاً عن تحقّق ملكية المتصرف قبله آناًما .

هذا ، و لكن الّذي يظهر من شارح القواعد أنّ اشكاله المـذكور ليس لمحض لزوم كون الارادة من المملّكات ، بل لاجـل كـون ذلك خـلاف سلطنة المالك على ماله ، حيث أنّ كلاً من المتعاطيين انّما يقصد الملك حال التعاطي و لا يقصد الملك حال التصرف ، فوقوعه حـال التـصرف خلاف سلطنته على ماله .

و لاجل ذلك فرق بين المعاطاة و بين قوله : أعتق عبدك عني ، و تصدّق بمالي عنك ، لانّ تمليك عبده لمن أمره بالعتق كان باذن منه ، و تـملك المال الّذي أمر بالصدقة به عنه كان باذن من المالك و ليس فيه مـخالفة للقاعدة المذكورة ، و كذا الحال في التصرف ذي الخيار و الواهب فيما خرج منه ، اذ ليس فيه مخالفة لها ايضاً بـعد فـرض ثـبوت الخـيار له ، و جواز رجوعه في الهبة .

و بالجملة الاشكال المذكور ، و هو لزوم تخصيص قـاعدة السـلطنة محكّم ، و ليس كذلك الحال في النظائر المزبورة كـما أشـرنا الى ذلك آنفاً ، و كما أشرنا هناك ايضاً الى أنّ تمامية الاشكال المذكور مبنيّة على صلاحية أصالة عدم التخصيص لاثبات عنوان الموضوع و نـفيه ، و الاّ فلا مجال له ، فراجع .

القاعدة الثالثة :

قوله رحمه الله : **فهو استبعاد محض .**

ان كان المراد أنّ التعلق بغير الاملاك مستبعد مـحض ، كـما يـقتضيه

ظاهر التركيب ، ففيه أنّه ليس كذلك بل هو مخالف لما دلّ على اعتبار الملك في موضوع الاحكام ، كما يظهر منه الاعتراف بذلك فيما عدا الاستطاعة و الغنى ، مع أنّه على هذا يشكل معنى قوله : و دفعها ـ الخ ، فكأنّ المراد أن عدم التعلّق لا مانع من الالتزام به كما تقتضيه القواعد ، لانتفاء الملكيّة الّتي هي شرط في التعلق .

نعم هو مستبعد محضاً ، و دفع دعوى الاستبعاد المحض بمخالفتها للسيرة فانّها قائمة على التعليق ، فتكون دليلاً عليه رجوع الى السيرة الّتي تقدّمت المناقشة في حجيتها ، لامكان كونها ناشئة عن عدم المبالاة ، لكن هذا المعنى خلاف ظاهر التركيب .

قوله رحمه الله : **لا يتوقّفان على الملك .**

لاتّفاق النص و الفتوى على تحقّق الاستطاعة بالبذل بدون الملك وكذا الغنى ، فانّ الظاهر صدقه عرفاً بوجدان ما يحتاج اليه في سنته و ان لم يكن مملوكاً له ، و ما اشتهر في ألسنة الفقهاء من تحديد الفقير بمن لا يملك قوت سنته ، يراد به من لا يجد ذلك و لو بنحو الاباحة ، و ان كان لا يخلو من تأمّل تعرّضنا لوجهه في شرح الزكاة من كتابنا : مستمسك العروة الوثقى [1] .

ثمّ انّ ظاهر اقتصار المصنف رحمه الله على الاستطاعه و الغنى الاعتراف بتوقّف البقية على الملك ، و قد يستشكل في توقّف تعلّق حق الديان على الملك ، بانّ المباح له و ان لم يكن مالكاً للعين الاّ أنّه لكونه مالكاً لان يملك باسترداد العوض أو بالتصرف فيها عنده فللغريم الزامه بأحدهما .

و فيه انّ المعاطاة عند القائلين بالاباحة لا توجب ملك (أن يملك) ،

---

١ ـ مستمسك العروة الوثقى ٩:٢١٢.

و انّما له السلطنة على ذلك الّتي هي مـن الاحكـام لا مـن الحـقوق كـما عرفت ، و لذا لا يكون له اسقاط ذلك .

نعم لو كان المراد من الاشكال تعلّق وجوب الوفاء أمكن مـنع تـوقّفه على الملك ،بناء على ما هو الظاهر من جواز التبرّع في الوفاء عن الغير ، كما لعلّه الظاهر من عبارة الاشكال .

و أمّا النفقات ، فان كان المراد حقّ الانفاق فالظاهر أنّه لا موضوع له ، اذ لم يعهد في الشرع حق الانفاق ، و ان كان المراد وجوب الانفاق فتوقّفه على الملك غير ظاهر ، بل هو خلاف اطلاق الادلّة .

و أمّا توقّف تعلّق حقّ المقاسمة على الملك فـلعلّه لعـدم الاطـلاق الّذي يرجع اليه في ثبوت الحق مع عدم الملك و الاصل عـدمه ، لكـن القسمة ايضاً من التصرفات ، فمقتضى عموم الاباحة لها جواز المطالبة بها كغيرها من التصرفات الموقوفة على الملك .

و أمّا حق الاخذ بالشفعة ، فمقتضى اختصاص أدلّته بالبيع عدم ثبوته بناء على الاباحة لعدم كون المعاطاة بيعاً على هذا المبنى ، و لو أريد من تعلق حقّ الشفعة أنّ المباح له بالمعاطاة له الاخذ بالشفعة لو باع شريكه المالك للشخص فالحكم أظهر ، لاختصاص الحق المـذكور بـالشريك و هو لا ينطبق على المباح له .

و أمّا المواريث فلاختصاصها بالملك و الحق ، و هما منتفيان بناء على الاباحة ، و أمّا الربا فهو امّا مختص بالبيع أو شـامل لمـطلق المـعاوضة و على الاباحة لا شيء من ذلك ، اللّـهم الّا أن يكـون قـصد المـتعاطيين للمعاوضة كافياً في المنع ، اذ لا دليل على الابـاحة حـينئذ ، و الاصـل عدمها .

و بالجملة القدر المتيقّن من الاباحة صورة عدم الربا كما ستأتي الاشارة الى ذلك في كلام المصنف.

و أمّا الوصايا، فقد عرفت الكلام في توقّفها على الملك.

ثمّ انّه يمكن أن يستشكل فيما ذكر بأنّه ان قام دليل على ثبوت هذه التعلّقات فمع البناء على توقّفها على الملك يمكن أن يلتزم بالملكية آناًما قبل التعلّق جمعاً بين الدليلين، و لا يقتضي ذلك ثبوت الملكيّة من أوّل الامر، الاّ اذا كان التعلّق من أوّل الامر كما في بعضها، هذا اذا كان دليل التوقّف على الملك قطعيّاً، و ان كان ظنيّاً فلا مانع من البناء على تخصيصه، لما عرفت من عدم حجيّة أصالة عدم التخصيص لاثبات الموضوع.

ثمّ انّه كما يمكن توجيه الاشكال على القول بالاباحة بلزوم تعلّق الامور المذكورة بما ليس يملك، يمكن توجيهه بلزوم عدم تعلّق أكثر الامور المذكورة بما هو ملك، فانّ لازم بقاء المأخوذ بالمعاطاة على ملك المعطي تعلّق الخمس و الزكاة و الاستطاعة و الديون و النفقات و هكذا، لانّ مبنى الاشكال المفروغيّة عن تعلّقها بالمأخوذ و عدم تعلّقها بالمعطي، فكما يكون الاشكال على القول بالاباحة لزوم تعلّقها بغير المملوك يكون لزوم عدم تعلقها بالمملوك ايضاً، نعم الاشكال في تعلّق الربا لا يكون ذا وجهين، لان موضوع التعلق نفس المعاملة فالتحريم يطرد في العينين كلتيهما.

و كذا الحال في الشفعة بناء على اختصاصها بالمبيع، هذا لو كان المراد أخذ الشريك ما يشتري المالك بالمعاطاة بالشفعة، أمّا لو كان المراد الصورة الثانية جاء الاشكال ايضاً بالنسبة الى البائع بالمعاطاة، فانّ

الشقص اذا كان باقياً على ملكه فأخذه بالشفعة أولى .

و بـالجملة كـان اللازم الزام القـائلين بـالاباحة بـعدم تـعلّق الامـور المذكورة بالاضافة الى البائع ، مع أنّه مالك ، مضافاً الى مـا ذكـروه مـن الزامهم بتعلّقها بالاضافة الى المشتري مع انه ليس بمالك ، و لا وجه ظاهر في الاقتصار على الثاني ، فلاحظ .

القاعدة الرابعة :

قوله ﵀ : فقد ظهر جوابه .

يعني انّه مقتضى الجمع بين أصالة عدم الملك و بـين عـموم تـوقّف التصرف على الملك ، و قد عرفت تقريب الاشكال و الجواب عنه .

القاعدة الخامسة :

قوله ﵀ : باجماع أو سيرة كما.

لم يظهر الفرق بين السيرة في المقام و السـيرة المـدّعاة سـابقاً عـلى الملك من أوّل الامر الّتي استشكل في حـجّيتها بأنّـها نـاشئة عـن عـدم المبالاة في الدين.

ثمّ انّ العبارة لاتخلو من مساهلة ، فانّ ظاهر قوله : فان ثبت باجماع أو غيره ، أنّه اذا ثبت كون التلف مملّكاً للجانبين بالاجماع أو السيرة ، و عليه فلا معنى لقوله بعد ذلك : لانّ هذا هو ـ الخ ، اذ بعد قيام الاجماع على كون التلف مملّكاً للجانبين لا حاجة الى ضمّ دليل آخر اليه لاثباته ، فالمراد الاجماع على عدم الضمان بالمثل و القيمة كما سيصرّح به .

قوله رحمه الله : **رعاية لعموم على اليد** [1] .

يعني لئلّا يلزم تخصيصه ، لكن عرفت عدم الدليل على حجيّة أصالة عدم التخصيص لنفي موضوع العام ، اذ لم يثبت بناء العقلاء على حجيّة العام في عكس نقيضه ، و ان نسب الى الاصحاب في تقريرات درس الاستاذ قدس سره تبعاً لما في تقريرات درس المصنف قدس سره في تنبيهات الشبهة المصداقية ، حيث نسبه الى استدلالاتهم الفقهية جازماً به ، فانّ استدلالهم به في بعض الموارد ينافيه ترك استدلالهم به في مواضع كثيرة ، فراجع .

مع أنّ في شمول العموم المذكور لليد في المعاطاة بناء على اباحة جميع التصرفات حتّى الاتلاف تأمّلاً ظاهراً .

قوله رحمه الله : **انّ لكلّ منهما المطالبة .**

أمّا الاخذ ، فلانّه على القول بالاباحة له السلطنة على جميع التصرفات و المطالبة به من شؤون تلك السلطنة ، اذ الغصب تضييق لدائرتها ، و أمّا المعطي فلانّه مالك ، نعم اذا كانت مطالبته رجوعاً عن مقتضى المعاطاة امتنع ذلك منه الاّ مع بذل ما في يده ايضاً .

قوله رحمه الله : **نعم لولا قام اجماع .**

الظاهر أنّ أصل العبارة هكذا : نعم لو قام اجماع فهو و الاّ ـ الخ ، يعني أنّ اطلاقهم كون التلف من مال المباح له يشمل صورة التلف بيد الغاصب ، فان تمّ اجماع عليه فهو و الاّ كان مقتضى القاعدة كون التلف من

---

١ ـ تفسير أبي الفتوح الرازي ١: ٧٨٤، عوالى اللئالي ٢: ٣٤٥، عنهما المستدرك ٨: ١٤٩، ١٧: ٨٨.

رواه الحسن البصري ، عن سمرة بن جندب ، عن النبي صلى الله عليه وآله ، راجع سنن البيهقي ٦ : ٩٠، كتاب العارية ، و كنز العمال ٥ : ٢٥٧.

ملك المالك للاصل ، اذ الالتزام سابقاً بكون التلف من ملك المباح له كان عملاً بمقتضى الجمع بين الادلّة حسبما تـقدّم ، و ليس كـذلك هـنا ، اذ لا مانع من العمل بعموم على اليـد بـالنسبة الى يـد الغـاصب المـقتضي للضمان بالمثل أو القيمة ، هذا اذا لم يتلف العوض الاخر قبل ذلك في يد المباح له و الاّكان تلفه موجباً للتملّك من الجانبين حين التلف على مـا سبق .

القاعدة السادسة :

قوله رحمه الله : **لا يقول بانتفال ـ الخ .**

هذا هو الّذي جعله في شرح القواعد ظاهر الاكثر ، لكن استشكل فيه بأنّ لازمه عدم جواز تصرّف المباح له فيه ، لانّ شمول الاذن له خفي ، بل لازمه ايضاً جواز رجوع المالك فيه و ان تلفت العين ، لانّ الادلّة المتقدّمة انّما اقتضت كون التلف مملّكاً للعين لا أنّه مملّك للنماء .

و لم يتعرّض المصنف قدس سره للجواب عن الاشكال المـذكور ، و لعـلّه لظهور شمول الاذن للنماء و لو للاطلاق المـقامي ، حـيث لم يـتعرّض المالك للمنع عن التصرف فيه ، و لامكان جـريان الادلّـة المـتقدّمة فـي النماء جريانها في الاصل للاجماع على عدم الرجوع فيه ايضاً بعد تلف الاصل ، و أمّا الاحتمال الآتي فهو الّذي جعله في شرح القواعد بعيداً .

القاعدة السابعة :

قوله رحمه الله : **عن سائر ما ذكره .**

فانّ قوله رحمه الله في اللازم الاخير : مع الاستناد فيه الى أن ـ الخ ، انّما يلزم القول بالاباحة المالكيّة لا الشرعية المستفادة من قوله تعالى : « **أَحَلَّ اللَّهُ**

أَلْبَيْعَ »[1] ، و « تجارة عن تراض » ، على ما سبق ، مع أن قوله رحمه الله : و ذلك جار في القبض غير ظاهر ، لانّ القبض لا يتوقّف على التملّك حتّى تكون الاذن فيه اذناً فيما يتوقّف عليه بخلاف التصرفات المتوقّفة على الملك ، فانّ الاذن فيها اذن فيما تتوقّف هي عليه و مجرّد اقتران القبض بقصد التملّك لا يوجب المساواة لها فضلاً عن الاولوية .

ما استدلّ به على لزوم المعاطاة

١ ـ الاستدلال بأصالة اللزوم في الملك

قوله رحمه الله : **مشكوك الحدوث .**

يعني انّ مقتضى الاصل عدمه ، فالفردان اللّذان يتردّد الامر بينهما أحدهما معلوم العدم وجداناً و الاخر معلوم العدم تعبّداً ، و ان شئت قلت : الاستصحاب له ركنان ، أحدهما العلم بالحدوث ، و الاخر الشك في البقاء ، و الفردان في المقام أحدهما فاقد للركنين معاً ، و الثاني فاقد للركن الثاني .

قوله رحمه الله : **مضافاً الى امكان .**

يعني ما ذكر من الاشكال يتمّ لو كان مجرى الاستصحاب الفرد ، أمّا لو كان الكلّي الموجود في أحد الفردين فلا مجال له لاجتماع الركنين فيه ، اذ انّ الكلي يعلم بحدوثه و يشك في ارتفاعه .

قوله رحمه الله : **فتأمل .**

اشارة الى بعض الاشكالات الّتي تقرّر في صحّة جريان الاستصحاب

---

١ ـ البقرة : ٢٧٥.

في الكلّي المردّد وجوده بين فردين: أحدهما معلوم الارتفاع، و الآخر مشكوك الحدوث، و محلّها مبحث القسم الثاني من استصحاب الكلّي، فراجع.

ثمّ انّ المصنف قدّس سرّه لم يتعرّض للجواب عن استصحاب بقاء علقة المالك، و لعلّه لوضوحه من أجل عدم العلم بثبوت العلقة المذكورة حتّى يستصحب بقاؤها.

و دعوى أنّها مرتبة من مراتب وجود الملكيّة السابقة للعين، غير ظاهرة، و لو سلّم فهي مرتبة ضعيفة لا تعدّ موجودة بوجود الملكيّة حتّى يستصحب بقاؤها، مع أنّ كون الجواز من آثار تلك العلقة شرعاً حتّى يكون استصحابها كافياً في وجوب البناء عليه تعبّداً غير معلوم، فلا دليل على صحّة الاصل المذكور شرعاً.

كما أنّك عرفت في مسألة انقلاب المنقطع دائماً عند نسيان الاجل أنّ الملكيّة و نحوها من الاعتباريات، منشأ اعتبارها حدوثاً وجود السبب و منشأ اعتبارها بقاءاً نفس ذاتها، فلا يحتاج في بقاء اعتبارها الى سبب، بل بقاؤها مستند الى استعداد ذاتها، فالشك في البقاء دائماً يكون من الشك في الرافع لا من الشك في المتقضي، فلا يشكل استصحاب الملكيّة بأنّه قد يكون موقوفاً على حجيّة الاستصحاب مع الشك في المقتضي الّذي لا يقول به المصنف قدّس سرّه.

قوله: **ليس باعتبار اختلاف.**

هذا ممّا لا ينبغي التأمّل فيه، اذ لو كان الجواز و اللزوم من الخصوصيات المقوّمة للملكية امتنع أن تكون ملكيّة واحدة معروضة تارة للجواز و اخرى للزوم، مع وضوح خلافه، فانّ البيع المنشأ بالعقد اللفظي يفيد الملكيّة، و هي جائزة في مدّة الخيار كخياري المجلس

و الحيوان و غيرهما ، لازمة في مدّة أخرى ، فلو كان الجواز و اللزوم مقوّمين للملكيّة لزم أن تكون الملكيّة في مدّة الخيار غيرها في المدة الاخرى ، و يكون من انقلاب ملكية الى أخرى ، و ليس كذلك ، فانّ الواقع ملكيّة واحدة مستمرة معروضة لعوارض متضادّة في أزمنة مختلفة ، نعم اختلاف هذه العوارض ناشىء من اختلاف الخصوصيات الّتي تكون دخيلة في الاسباب .

و من ذلك يظهر اندفاع ما يقال من أنّ اختلاف حقيقة السبب تستدعى اختلاف حقيقة المسبّب .

وجه الاندفاع أنّ السببية قائمة بالقدر المشترك بين الاسباب المختلفة الحقيقة ، و هو حقيقة واحدة ، و الاحكام المتواردة على المسبّب الواحد ناشئة من اختلاف الخصوصيات المقوّمة للسبّب المنوّعة له أنواعا مختلفة الحقيقة .

فالجواز و اللزوم المتواردان على الملكيّة الواحدة ينشأن من الخصوصيّات المقوّمة لاسبابها المقتضيّة للزوم تارة و للجواز أخرى ، و للجواز و اللزوم معاً في الوقتين، كالبيع المقتضي للجواز في مدّة الخيار و اللزوم في غيرها ، و الهبة للاجنبي المقتضية للجواز قبل التصرف و اللزوم بعده ، من دون فرق بين أن تكون استفادتهما من القضية الشرعية الّتي موضوعها نفس السبب ، مثل قول الشارع : البيع لازم و لا يجوز فسخه ، أو غير لازم و يجوز فسخه ، و بين أن تكون من القضية الشرعية الّتي موضوعها العينان ، مثل قوله : يجوز ترادّ العينين و نحوه .

و من ذلك يظهر اندفاع الاشكال على المصنف ﴿تَنِّئُ﴾ بأنّ الجواز و اللزوم اذا كانا بمعنى جواز ترادّ العينين و عدمه كانا من أحكام نفس المسبّب و انّما يكونان من أحكام السبب اذا كانا بمعنى جواز الفسخ و عدمه .

وجه الاندفاع أنّ الكلام انّما هو في أنّ الجواز و اللزوم ليسا مقوّمين للملكيّة بنحو يكون وجود الملكيّة اللازمة غير وجود الملكيّة الجائزة، لا فى أنّ موضوعهما في لسان الشارع هو السبب أو المسبّب، فلو فرض كونهما في القضية الشرعية حكمين للمسبّب لا للسبب فليسا بحيث يتعدّد بهما وجود الموضوع حتّى يكون استصحاب الملكيّة من استصحاب الفرد المردّد بين فردين: أحدهما معلوم الزوال و الاخر معلوم البقاء، لكنّه مشكوك الحدوث، مع أنّ جواز ترادّ العينين ليسا حكماً للمسبّب بل هو حكم لموضوع متعلّق بالعين الّتي هي موضوع للمسبّب.

قوله رحمه الله: **و يدلّ عليه مع أنّه يكفي.**

ظاهر العبارة أنّ قوله: انّه يكفي في الاستصحاب ـ الخ، من جملة الادلّة على المدّعى، و لا سيّما بقرينة قوله رحمه الله: و مع أنّ المحسوس ـ الخ، الّذي هو ايضاً دليل على المدّعى، و لا ينبغي أن يكون مراداً، بل الّذي ينبغي أن يراد أنّه لا حاجة الى اقامة الدليل على المدّعى، اذ يكفي في صحّة الاستصحاب المذكور الشك في صحّة المدّعى و عدم الدليل على خلافه.

و كيف كان فما ذكره من أنّه يكفي في صحّة الاستصحاب الشك المذكور غير ظاهر، اذ مع الشك المذكور لا يحرز اجتماع ركني الاستصحاب اللّذين هما شرط في جريانه، و مع عدم احراز ذلك لا مجال للتمسك بدليله، لعدم جواز التمسك بالعام ما لم يحرز عنوان موضوعه.

قوله رحمه الله: **و مع أنّ المحسوس ـ الخ.**

هذا بمجرّده لا يثبت المدّعى و انّما يثبت أنّ الاختلاف ليس بجعل

المالك لا غير ، فينبغي أن يجعل من مقدّمات الدليل الآتي ، فيذكر معطوفاً على قوله رحمه الله : كان اللازم التفصيل ـ الخ .

قوله رحمه الله : **كان اللازم التفصيل .**

يعني اذا كان تخصّص الملكيّة بالجواز و اللزوم ناشئاً من تخصيص المالك كان اللازم التفصيل في الحكم بأحدهما بين أن يجعل اللزوم فيحكم به لا غير ، و بين أن يجعل الجواز فيحكم به كذلك ، و بين أن لا يجعل أحدهما فلا يكون أحدهما ، و ذلك بديهي البطلان ، اذ لا تأثير لقصد المالك في ذلك .

و لذا لو وهب لاجنبي عيناً و لذي رحم أخرى غافلاً عن الجواز و اللزوم ،كانت الاولى جائزة و الثانية لازمة ، و لو قصد في الاولى اللزوم لم تصحّ لازمة ، بل امّا أن تصحّ جائزة أو تبطل لو كان اللزوم مقصوداً بنحو وحدة المطلوب ، و كذا لو قصد الجواز في الثانية فانّها لا تصحّ جائزة ، بل امّا أن تصحّ لازمة أو تبطل .

هكذا ينبغي تحرير الدليل ، و العبارة لا تخلو عن مساهلة ، فانّ المناسب ابدال قوله : المختلفة بحسب ـ الخ ، بقوله : المختلفة بحسب قصد الجواز و اللزوم ، و كذا قوله بعد ذلك : في الرجوع و عدمه ، و هو متعلق بقوله : تأثير .

قوله رحمه الله : **لزم امضاء الشارع .**

بأن يجعل الشارع الملكيّة اللازمة مع قصد المالك الملكيّة الجائزة و بالعكس ، و قد يقال : بأنّ القاعدة المذكورة تختصّ بالعناوين الّتي يكون انشاؤها بجعل العاقد و لاتجري في غيرها ، فاذا بني على كون الجواز و اللزوم لايكونان بجعل العاقد و انّما يكونا بجعل الشارع ، فجعل الشارع أحدهما عند قصد العاقد الآخر لا يستلزم الخروج عن القاعدة .

و ممّا ذكرنا تعرف أنّ الادلّة الثلاثة الّتي ذكرها المصنف رحمه الله لاتصلح لاثبات المدّعى ، فاللازم الرجوع في اثباته الى ما ذكرناه آنفاً ، فلاحظ .

قوله رحمه الله : **وكذا لو شك في .**

فانّ استصحاب الملكيّة على النحو المتقدّم جار بعينه .

قوله رحمه الله : **احتمل التحالف في .**

الّذي يظهر من الجواهر أنّ المدار في تشخيص المدّعي و المنكر صورة الدعوى ، فاذا اختلفا في قدر مال الاجارة فان كانت صورة الدعوى أن قال أحدهما : آجرتك الدار بعشرة ، فقال الاخر : آجرتني بخمسة ، فهما متداعيان ، و ان قال أحدهما : لي عليك عشرة اجرة ، و قال الآخر : بل خمسة ، فهما مدّع و منكر ، و نسب ذلك الى الشيخ في المبسوط و بعض المتأخرين ، و ظاهر المشهور المصرّح به في كلام بعضهم أنّ المدار هو الغرض المقصود من التداعي ، فاذا كان الغرض استحقاق الزائد فهما من المدّعي و المنكر في الصورتين ، و ان كان الغرض في تعيين العقد و أنّه وارد على عشرة أو خمسة لترتّب أثر شرعي عليه كانا متداعيين.

و على هذا فمراد المصنف رحمه الله من قوله : لو تداعيا ، أنّهما تداعيا في الجواز و اللزوم ، و مراده من قوله رحمه الله : احتمل التحالف في الجملة ، صورة ما اذا كانت صورة الدعوى تعيين العقد ، و مقابل هذا الاحتمال احتمال كون اليمين على مدّعى الجواز و ان كانت صورة الدعوى تعيين العقد كما هو ظاهر المشهور ، و يحتمل أن يكون المراد من تداعيهما التداعى في تعيين العقد ، و المراد حينئذ من التحالف في الجملة صورة كون الغرض التعيين لا الجواز و اللزوم في مقابل احتمال التحالف مطلقاً الّذي اختاره في الجواهر .

٢ ـ الاستدلال بحديث السلطنة

قوله رحمه الله : فجواز تملكه عنه بالرجوع فيه.

أمّا بالنسبة الى الرجوع بمعنى ردّ العين في الملك فظاهر ، لانّ التملّك بالردّ تصرف بالعين فلا يجوز أن يكون متحقّقاً بغير سلطنة المالك ، و أمّا الرجوع بمعنى فسخ العقد فهو و ان كان تصرّفاً في العقد لا في العين ، اذ بالفسخ ينحلّ العقد الواقع ، فيرجع كلّ مال الى ملك مالكه بالسبب الاصلي لا بالفسخ ، الاّ أنّ العقد لمّا كان موضوعه العين ، و لذا كان تحت سلطنة المالك حدوثاً ، يكون تحت سلطنته بقاء ، لأنّه نحو من التصرف في العين.

نعم لما كان موضوعه مجموع العينين معاً فهو تحت سلطنة المالكين ، فلا يكون تحت سلطنة أحدهما الاّ في ظرف اعمال سلطنة الآخر ، و لا يكون تحت سلطنة كلّ منهما مستقلاً ، فانّه خلاف سلطنة الآخر ، و كما أنّه في الحدوث كذلك فهو في البقاء كذلك ، فلا يكون فسخه تحت سلطنة كلّ منهما مستقلاً ، و انّما يكون تحت سلطنة كلّ منهما في ظرف اعمال الآخر سلطنته ، و كما لا يجوز للاجنبي عن العينين ايقاع العقد بينهما بلا اذن من المالكين و لا لاحد المالكين ايقاعه بلا اذن من الآخر ، كذلك في البقاء لا يجوز لثالث فسخه كما لا يجوز لاحدهما الاّ في ظرف الاذن من الاخر .

و بالجملة تملّك العين بلا اذن من المالك بأيّ سبب كان التملك خلاف قاعدة السلطنة .

قوله رحمه الله : لا نسلّم ملكيّته له .

لاحتمال خروجه عن ملكه بالتملك ، و حينئذ لا يمكن تطبيق القاعدة

لعدم احراز موضوعها ، و حـاصل الدفـع أنّ ذلك مسـلّم بـالاضافة الى تصرّفات المفسوخ عليه بعد الرجـوع ، فـانّه لا يـمكن تـنفيذها بـقاعدة السلطنة لما ذكر ، لا بالاضافة الى التملك بالرجوع بلا اذن المالك ، فانّه خلاف سلطنته على ملكه المعلوم ، فلا يجوز و لا ينفذ ، فيكون احتمال خروج المال عن ملك المالك منفيّاً بقاعدة السلطنة .

قوله رحمه‌الله : **فائدة الملك السلطنة .**

يعني فائدة ملك المقترض السلطنة على العين ، و هي مانعة من رجوع المقرض ، فليس له الرجوع بدون اذن المقترض .

ثمّ انّه قد يستشكل على التمسك بالقاعدة في المقام بأنّها لا اطلاق فيها بالاضافة الى أنحاء التصرف ، و انّما المقصود منها اثبات السلطنة في الجملة في مقابل الحجر عن التصرف ، فالمعنى أنّ الناس ليسوا محجورين عن التصرف في أموالهم ، فنفي قدرة غير المالك على الرجوع غير مستفاد منها ، نعم لو كان لها ظهور في العموم بالاضافة الى أنحاء التصرّف الّتي منها التملك بالرجوع ، اقتضت نفي قدرة الغير عليه ، لأنّها منافية للسلطنة المطلقة الّتي للمالك .

و فيه انّ عمومها لجميع التصرفات مقتضى اطلاقها ، و لا سيما مع موافقته للارتكاز العقلائي ، فلا وجه لدعوى اهمالها من هذه الجهة .

٣ ـ الاستدلال بحرمة التصرف في مال الغير

قوله رحمه‌الله : **يشمل التملك .**

هذا يتوقّف على أن يكون المراد من الحلية الحلية الوضعية ، ليكون موضوعها التصرفات الاعتبارية الّتي منها التملك ، أمّا لو كان المراد منها الحليّة التكليفية كما هو الظاهر منها ، و لا سيّما بقرينة السياق و المورد ،

اذ لم نعثر على المتن المذكور الاّ على ما رواه سماعة عن أبي عبد اللّه عليه السلام في حديث ، قال رسول اللّه صلى الله عليه وآله : « من كانت عنده أمانة فليؤدّها الى من ائتمنه عليها ، فانّه لا يحلّ دم امرء مسلم و لا ماله الاّ بطيبة نفسه »[١]، اختصّت بالتصرفات الحقيقية مثل أكله و لبسه و نحوهما ، فلا تشمل التملك ، و أمّا رواية تحف العقول : « لا يحلّ لمؤمن مال أخيه الاّ عن طيب نفس منه »[٢]، فضعيفة السند[٣].

٤ ـ الاستدلال بآية التجارة

قوله رحمه الله : غير جار هنا لانّ .

يعني لو كان المراد بالآية تحريم أكل مال الغير على أنّه مال الغير الاّ

---

١ ـ الكافي ٧:٢٧٣، الفقيه ٤:٦٦، عنهما الوسائل ٥:١٢٠.

٢ ـ عن رسول الله صلى الله عليه وآله انه قال في خطبة حجة الوداع : ايها الناس انما المؤمنون اخوة ، و لا يحل لمؤمن مال اخيه الا عن طيب نفس منه (تحف العقول : ٣٤) .

٣ ـ عن ابي الحسين محمد بن جعفر الاسدي ، عن ابي جعفر محمد بن عثمان العمري رحمه الله ، عن صاحب الزمان عجل الله تعالى فرجه ، قال : فلا يحل لاحد ان يتصرف في مال غيره بغير اذنه (الاحتجاج : ٤٧٩، اكمال الدين : ٥٢٠، عنهما الوسائل ٩:٥٤٠، ٢٥:٣٨٦).

عن رسول الله صلى الله عليه وآله انه قال : المسلم اخو المسلم ، لا يحل ماله الا عن طيب نفسه (عوالي اللئالي ٣:٤٧٣، عنه المستدرك ٣:٣٣١).

و عنه صلى الله عليه وآله انه قال : لا يحلبنّ أحدكم ماشية اخيه الا باذنه (عوالي اللئالي ١ :١٤٦ ، عنه المستدرك ٣:٣٣١) .

عن محمد بن زيد الطبري قال : كتب رجل من تجار فارس من بعض موالى ابي الحسن الرضا عليه السلام يسأله الاذن في الخمس ، فكتب اليه : بسم الله الرحمن الرحيم ... لا يحل مال الا من وجه احلّه الله (الكافي ١:٤٦٠، المقنعة :٤٦، التهذيب ٤:١٤٠، الاستبصار ٢:٦٠، عنهم الوسائل ٩:٥٣٩) .

اذا كان بنحو التجارة أمكن مجيىء التوهّم السابق فيقال بالرجوع لم يعلم أنّه مال الغير ، بل يحتمل كونه مال الآكل ، فيحتاج الى الجواب عنه بما سبق .

أمّا لو كان المراد حصر مجوّز الاكل لمال الغير بما أنّه مال الآكل كما هو مقتضى مفهوم التجارة بخصوص التجارة عن تراض ، فمع عدم صدق التجارة عن تراض على الرجوع يحرم الاكل و لو بعنوان كونه مال الآكل ، فمفاد الآية : انّه لا يجوز للانسان أن يأكل مالاً على أنّه ماله و هو مال لغيره الاّ اذا كان بسبب التجارة عن تراض ، فهذه الآية الشريفة نصّ في المورد ، بخلاف الآية الاولى فانّها تشمل المورد باطلاقها ، و لذا ورد التوهم المتقدم فاحتيج الى رفعه بالاطلاق .

قوله رحمه الله : بالجملة المستثنى منها.

يعنى مع قطع النظر عن الاستثناء بخلاف الاوّل ، فانّه و ان كان تمسّكاً بالمستثنى منه ، أعني جملة النهى ، الاّ أنّه بملاحظة الاستثناء .

قوله رحمه الله : يخرج عن البطلان .

قد يقال عليه بأنّه ان كان المراد بالباطل الباطل العرفي ، يكون ترخيص الشارع الاقدس في الاكل كما في أكل المارّة تخصيصاً لا تخصّصاً ، لانّ الاكل بالترخيص الشرعي لايخرج عن كونه باطلاً عند العرف ، و ان كان المراد به الباطل الشرعي امتنع الاستدلال به لما نحن فيه ، لانّ احتمال الجواز ملازم لاحتمال عدم كونه باطلاً فلم يحرز موضوع العام .

و فيه انّ المراد بالباطل الباطل الشرعي ، لكن بالاطلاق المقامي يثبت انّ الباطل الشرعي هو الباطل العرفى ، فاذا أذن الشارع في الاكل كان ذلك موجباً لعدم كونه باطلاً شرعاً ، فيكون ذلك تقييداً للاطلاق المقامي و ردعاً عن بناء العرف على كونه باطلاً ، فالبطلان العرفي انّما كان

موضوعاً للحكم بلحاظ كونه بطلاناً عند الشارع ، لا أنّه موضوع له في نفسه مطلقاً .

٥ـ الاستدلال بأدلة خيار المجلس

قوله رحمه الله : مثل قوله صلى الله عليه وآله : « البيعان بالخيار » [١] .

يمكن الاشكال عليه بأنّ الاستدلال به يتوقّف على الجمع بينه و بين ما دلّ على ثبوت الخيار في بيع الحيوان أو غيره بالتخصيص ، أمّا لو كان بصرفه الى جعل اللزوم من حيث المجلس لا مطلقاً فلا يدلّ على اللزوم من سائر الحيثيات الّتي منها محلّ الكلام .

٦ـ الاستدلال بدليل وجوب الوفاء بالعقد

قوله رحمه الله : و قد يستدلّ ايضاً بعموم قوله تعالى : « أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ».

قد يستشكل عليه بأنّه مع احتمال تأثير الفسخ في حلّ العقد و نقضه لا مجال للتمسك بالعموم المذكور ، لأنّه يعتبر في صحّة الرجوع الى العام احراز عنوان موضوعه .

و فيه انّ العقد من الامور الحقيقية الّتي لا يرد عليها الفسخ ، و انّما يرد على موضوعه ، فاذا وقع عقد البيع ثمّ طرأ الفسخ كان الفسخ رافعاً لموضوعه ، و هو الامر الّذي يتعاقد عليه ، أعني المبادلة بين المالين مثلاً لا على نفس العقد .

فان قلت : يمكن تقرير الاشكال المذكور بالاضافة الى موضوع ايضاً ، فيقال : اذا وقع الفسخ احتمل ارتفاع المبادلة فلا مجال للوفاء بالعقد عليها .

---

١ ـ قوله صلى الله عليه وآله : البيعان بالخيار ما لم يفترقا، عوالي اللئالي ٣:٢٠٩، الرقم : ٥١.

قلت : قد عرفت في المباحث السابقة أن وجوب الوفاء بالعقود و الشروط و النذور و غيرها لا يراد منه جعل حكم تكليفى لزومي لعنوان الوفاء ، و انّما المقصود منه تطبيق أحكام موضوع العقد و ترتيبها عليه على اختلافها من كونها وضعيّة أو تكليفيّة لزومية أو غير لزومية ، فيدلّ بالالتزام العرفى على ثبوت الموضوع ، و لاجل ذلك يدلّ الكلام المذكور على صحّة العقود و نفوذها ، فاذا فرض عمومه الازماني كما يقتضيه اطلاقه كان دالاً على ثبوت الموضوع في الازمنة جميعها ، و اطلاقه الشامل لصورة انشاء الفسخ و عدمه يقتضي ثبوت الموضوع حتّى في صورة انشاء الفسخ ، فلا يكون الانشاء ممّا له أثر في ارتفاع الموضوع ، و هذا المعنى راجع الى اللزوم .

فان قلت : موضوع عقد البيع امّا أن يكون البدلية حدوثاً و بقاءاً ، و امّا أن يكون مجرد الحدوث ، و الاوّل باطل أوّلاً : لما سبق في مسألة انقلاب النكاح المنقع دائماً بنسيان الاجل ، من أنّ العقد انّما يقتضي الحدوث و انّ البقاء انّما يستند الى استعداد الحادث ، و ثانياً : انّ لازم ذلك امتناع طروء الاسباب الناقلة كالبيع و الصلح و الهبة و غيرها ، لمنافاتها للوفاء بالعقد ، فيتعيّن الثاني ، و لازمه كون الآية الشريفة انّما تدلّ على ثبوت موضوع العقد حدوثاً و يكون البقاء خارجاً من مدلولها ، فلا يكون الجري عليه وفاء و لا تركه نقضاً ، فلا مجال للتمسك بها لاثبات بقاء موضوع العقد و عدم ارتفاعه بالفسخ .

قلت : ما ذكر من أنّ البقاء ليس موضوعاً للعقد و لا مجعولاً للمتعاقدين مسلّم ، و لكن لما كان يرتفع بالفسخ و كان الفسخ بحسب اعتبار العقلاء رجوعاً عن العقد كالبداء في الاحكام العرفية ، و كالنسخ في الاحكام الشرعية ، كان ترتيب أحكام البقاء و الاستمرار على ذلك

وفاء بالعقد و ترك ذلك نقضاً له ، فالوفاء بالعقد عرفاً ليس مجرّد ترتيب أثر العنوان المجعول للمتعاقدين بلحاظ الحدوث فقط ، بل يعمّ الحدوث و البقاء ، و يقابله نقض العهد ، و هو ترك العمل بموضوع العقد و لو بقاءاً .

فالوافي بالعقد هو الّذي لا يرجع عن عقده بل يبقى بانياً عليه مستمرّاً على العمل بموضوعه في مقابل الناقض للعقد الّذي لا يعمل كذلك بل يعمل على خلافه راجعاً عن عقده ، و كذلك الوفاء بالنذر و الوعد و العهد لا يراد منه الاّ الاستمرار على العمل بلحاظ المضمون حدوثاً و بقاءاً ، و هو المعنى بقوله تعالى : « يُوفُونَ بِالنَّذْرِ »[١] ، و قوله تعالى : « وَ الْمُوفُونَ بِعَهْدِهِمْ إِذٰا عٰاهَدُوا »[٢] ، و قوله تعالى : « وَ مَنْ أَوْفىٰ بِمٰا عٰاهَدَ عَلَيْهُ اللّٰهُ »[٣] ، و قوله تعالى : « أُوفُوا بِعَهْدِ اللّٰهِ إِذٰا عٰاهَدْتُمْ »[٤] ، و يقابل ذلك الخلف و النقض و نحوهما .

و الى هذا يشير ما روي عن أمير المؤمنين عليه السلام انّه قال لمن أنكر عليه التحكيم و سأله الرجوع عنه : « ويحكم أبعد الرضا و الميثاق و العهد نرجع ، أليس اللّه تعالى قد قال : أوفوا بالعقود ، و قال : و أوفوا بعهداللّه اذا عاهدتم و لا تنقضوا الايمان بعد توكيدها » ، و ما روي من قوله عليه السلام لابن جريش : « أبعد أن كتبناه ننقضه انّ هذا لا يحلّ » .

و بالجملة دوام مضمون العقد ليس داخلاً في مضمون العقد ، و انّما مضمونه مجرّد الحدوث أعني مجرّد حدوث الملكيّة أو البدلية أو

---

١ ـ الانسان : ٧.

٢ ـ البقرة : ١٧٧.

٣ ـ الفتح : ١٠.

٤ ـ النحل : ٩١.

نحوهما ، و لاجل ذلك كان مجرّد صحّته و نفوذه انّما يقتضي ثبوت مضمونه حدوثاً من دون فرق بين العقد الجائز و اللازم في ذلك ، و انّما الفرق بينهما في أنّ الجائز لايجب الوفاء به بل يجوز رفع اليد عن مضمونه بقاء ،و اللازم لايجوز فيه ذلك ، فاذا ثبت عموم وجوب الوفاء بالعقود اقتضى عموم لزومها .

فاذا قام دليل على عدم وجوب الوفاء و جواز النقض في عقد خاص كان ذلك تخصيصاً لذلك العموم ، فان دلّ على عدم وجوب الوفاء به مطلقاً كان تخصيصاً للعموم الافرادي ، و ان كان في زمان معيّن كان تخصيصاً للعموم الازماني بالنسبة الى ذلك الفرد .

هذا كلّه بناء على الجمود على ما تحت الكلام ، أعني ترتيب آثار المضمون على اختلافه كما عرفت ، و أمّا بناء على ما هو الظاهر من كونه ارشاداً الى نفوذ العقد و ترتّب مضمونه فالاستدلال به على اللزوم أظهر ، اذ مقتضى اطلاقه الازماني و الاحوالي ترتّب أثره دائماً و ان وقع الفسخ فلا أثر للفسخ في ارتفاع مضمونه أبداً ، فلاحظ و تأمّل .

تنبيهات

١ ـ انّك عرفت الاشارة الى أنّ المراد من وجوب الوفاء بالعقود أحد أمرين: امّا تطبيق آثار المضمون و أحكامه المختلفة ، و امّا الارشاد الى ثبوته ، و ليس المراد أنّ الوفاء بما هو معنى قصدي واجب .

٢ ـ انّ اللزوم المستفاد من الآية الشريفة مجعول شرعي ابتدائي لا أنّه مجعول للمتعاقدين ، بأن يكون المنشأ بلفظ : بعت ، معنيين : أحدهما نفس التبديل ، و ثانيهما التزام كلّ منهما بالتبديل المذكور للاخر ، فيكون كلّ منهما مالكاً لالتزام صاحبه ، و لاجل أنّ كلاً منهما صار مالكاً لالتزام

صاحبه بالتبديل المذكور صار لزوم العقد حقّاً له ، و لاجل ذلك جاز التقايل و جاز اشتراط الخيار ، اذ لو كان اللزوم حكماً شرعيّاً امتنعا لمخالفتهما لحكم الشارع كما ذكر بعض الاعاظم رضي الله عنه .

اذ فيه انّه لا طريق الى اثبات تحقّق انشائين و منشأين ، بل ليس عند العرف الاّ انشاء المضمون و هو التبديل مثلاً لا غير ، و كون بنائهم على أنّ من عقد عقداً يلزم أن يكون بانياً على الالتزام بمضمونه و الاّ لم يقدم أحد على المعاملة الخطيرة ممّا لا يصلح لاثبات ذلك ، اذ منشؤه تلازم الدواعي المتقضية للحدوث و البقاء غالباً و ندرة الاسباب الموجبة للبداء ، و لاجل ذلك يقدم بعض على معاملة الآخر لا لأنّه ينشىء التزاماً ببقاء المضمون زائداً على انشائه نفس المضمون.

و أما قبح النقض و الخلف فليس ممّا يدلّ على ذلك بل لأنه يؤدّي الى خيبة الرجاء على العكس من الوفاء ، فانّه حسن ورد المدح عليه شرعاً في قوله تعالى : « يُوفُونَ بِالنَّذْرِ »[1] ، و « الَّذينَ هُمْ لِاَمانَاتِهِمْ وَ عَهْدِهِمْ رَاعُونَ »[2] ، و « و َالْمُوفُونَ بِعَهْدِهِمْ اِذا عاهَدُوا»[3] ، و يكفى فيه موافقته للزوم الشرعى ، و لا يتوقّف على كونه مجعولاً للمتعاقدين.

٣ ـ انّ اللزوم في العقود على نوعين: حكمي و حقي ، و الاوّل مثل لزوم عقد النكاح و الضمان ، و الثاني كلزوم البيع و نحوه ، و لازم الاوّل عدم مشروعية التقايل فيه من المتعاقدين و عدم جواز شرط الخيار فيه ، و لازم الثاني خلاف ذلك ، و الادلّة الّتي ساقها المصنف قدس سره على اللزوم لاتقتضيه على النحو الاوّل .

---

١ ـ الانسان : ٧.

٢ ـ المؤمنون :٨، المعارج :٣٢.

٣ ـ البقرة :١٧٧.

أمّا الاستصحاب فهو و ان كان يقتضي عدم صحّة الفسخ و لو بالتقايل أو شرط الخيار، الاّ أنّ دليل مشروعية الاقالة و لو كان هو ارتكاز العرف ـ بعد عدم ثبوت الردع عنه ـ حاكم عليه، و كذا دليل نفوذ الشروط بعد جريان أصالة عدم كون الشرط مخالفاً للكتاب و السنة، فانّه يقتضي نفوذ شرط الخيار على نحو لايمنع عنه الاستصحاب.

و أما قوله عليه السلام : « لا يحلّ مال امرء ـ الخ »[١]، فلا يمنع من الفسخ بالاقالة أو الشرط، لأنه بطيب نفس المالك، و كذا قوله تعالى : « لاٰ تَأْكُلُوا ـ الآية »[٢]، لانّ ذلك ليس من الباطل، و لا ممّا لا يكون تجارة عن تراض، و كذا قاعدة السلطنة، لانّ ذلك جار على مقتضى سلطنة المالك.

و أمّا قوله عليه السلام : «البيّعان بالخيار ـ الخ »[٣]، فالظاهر أنّ المراد من قوله عليه السلام : « وجب البيع »، نفي الخيار لكلّ منهما المجعول شرعاً، فلا يقتضي نفي الخيار المجعول منهما و لا عدم مشروعية الاقالة.

و أمّا قوله تعالى : « اَوْفُوا بِالْعُقُودِ»[٤]، فاللزوم المستفاد منه هو المساوق للوفاء بالعقد، و التقايل الصادر من المتعاقدين لا ينافي الوفاء به، فلا ينافي اللزوم المستفاد من الامر بالوفاء، و كذا الفسخ بالخيار لاينافيه ايضاً، و كذا الحال في قوله عليه السلام : « المؤمنون عند شروطهم »[٥]، بل مقتضاه نفوذ شرط الخيار لا عدم نفوذه، كما هو ظاهر.

---

١ ـ الكافي ٧:٢٧٣، الفقيه ٤:٦٦، عنهما الوسائل ٥:١٢٠.

٢ ـ النساء :٢٨.

٣ ـ قوله صلى الله عليه وآله : البيعان بالخيار ما لم يفترقا، عوالي اللئالي ٣:٢٠٩، الرقم : ٥١.

٤ ـ المائدة :١.

٥ ـ الكافي ٥:١٦٩، الفقيه ٣:١٢٧، التهذيب ٧:٢٢ و ٤٦٧، عنهم الوسائل ١٨:١٦.
دعائم الاسلام ٢:٤٤، عنه المستدرك ١٣:٣٠٠.

٧ـ الاستدلال بدليل وجوب الوفاء بالشرط

قوله رحمه الله : فان الشرط لغة .

يأتي في مبحث الشرط ان شاء اللّه تعالى تحقيق صدق الشرط على الشرط الابتدائي الشامل للعقد .

الحكم باللزوم في مطلق الملك و في خصوص البيع ، و وجود الخلاف فيه

قوله رحمه الله : كما عن المختلف الاعتراف به .

قال في المختلف : «و لا يكفى المعاطاة في العقد ، ذهب اليه أكثر علمائنا ، و للمفيد رحمه الله قول يوهم الجواز ، فانّه قال : و البيع ينعقد ـ الخ ، ثمّ قال : و ليس في هذا تصريح بصحّته الاّ أنّه موهم ـ انتهى ».

و مراده أنّ العبارة المذكورة توهّم صحّة المعاطاة و افادتها للملك و ليست صريحة في ذلك .

قوله رحمه الله : و يقوي ارادة بيان.

هذا ممّا لا ينبغي التأمّل فيه ، فانّ التراضي و العلم بالعوضين من شرائط الصحة ، و الافتراق بالابدان من شرائط اللزوم ، و كذلك التقابض ، اذ مع عدمه و امتناع أحدهما عن الاقباض يكون للآخر الخيار اذا لم يمكنه اجبار الممتنع عن الاقباض .

فليس هذا الكلام وارداً في حكم المعاطاة من حيث افادتها للصحّة أو اللزوم ، بل هو وارد في مقام شرائط صحة البيع و لزومه الزائدة على ما يتحقّق به مفهومه ، و لذا لم يتعرّض للايجاب و القبول ، مع أنّه لا اشكال في اعتبارهما فيه ، فالتقابض المذكور في العبارة يراد به التقابض الجاري على مقتضى البيع فلا يشمل التقابض المعاطاتي فانّه يتحقّق به البيع ،

فلا وجه ظاهر لدعوى كون العبارة موهمة لصحة المـعاطاة فـضلاً عـن كونها موهمة للزومها.

قوله رحمه الله : **وكذلك نسبته في المختلف.**

قد تقدّمت عبارة المختلف، و الظاهر منها أنّ النسبة الى الاكثر فـي مقابل قول المفيد الموهم لصحة المعاطاة و افادتها للملك، و المظنون أنّ عبارة التذكرة كذلك، فليس فيها شهادة على وجود قـول بـاللزوم، و عبارة التحرير قد تقدّم من المصنف رحمه الله المناقشة في كون المراد منها افادة المعاطاة للـملك، و أنّ المـراد مـنها الاشـارة الى القـول بـافادتها للملك، فتكون كعبارة المختلف.

و بالجملة العبارات المذكورة لو فُرض ظهورها في وجـود الخـلاف المعتدّ به غير خلاف المفيد فانّما هو في صحة المعاطاة و افادتها للملك لا في كونها مفيدة للملك اللازم، فليس ما يدلّ على عدم تمامية الاجماع الّذي ادّعاه شارح القواعد.

عدم وجود اجماع في البين

قوله رحمه الله : **مشكل لما ذكرنا.**

يعني انّ القول بعدم اللزوم عند الاكثر مـن جـهة بـنائهم عـلى عـدم الملك، فهو من قبيل السالبة بانتفاء الموضوع، و فيه انّ بناءهم على جواز الترادّ يكشف عن ثبوته عند الشارع و ان كان هو يجتمع مع فساد المعاطاة و صحّتها على نحو توجب الاباحة أو على نحو توجب الملك، فهو من قبيل الاجماع على القدر المشترك بين الاقوال، اذ يمتنع هذا البناء مع كون الحكم الواقعي اللزوم.

قوله رحمه الله : **من اعتبر مطلق اللفظ في اللزوم.**

قال في المسالك: «و الّذي اختاره متأخّروا الشافعية و جميع المالكية انعقاد البيع بكلّ ما دلّ على التراضي و عدّه الناس بيعاً، و هو قريب من قول المفيد و شيخنا المتقدّم، و ما أحسنه و أمتن دليله ان لم ينعقد الاجماع على خلافه ـ انتهى».

و من هذا يظهر أنّ عبارة الكتاب لا تخلو من اشكال، لمخالفتها للمسالك و لعدم مناسبتها للمقام.

نظرة في الاستدلال بلزوم المعاطاة ببعض الاخبار المذكورة

قوله رحمه الله: و قد يظهر ذلك من غير.

لم يتّضح المراد بهذه النصوص، نعم ورد في جملة من النصوص التعبير عن الايجاب و القبول باللفظ، كالنصوص الواردة في بيع المصحف [1]، و بيع أطنان القصب [2]، و بيع الابق مع الضميمة [3]، و في

---

١ ـ عن عبدالرحمان بن سليمان، عن ابي عبدالله عليه السلام قال: سمعته يقول: ان المصاحف لن تشتري، فاذا اشتريت فقل انما اشتري منك الورق و ما فيه من الادم و حليته و ما فيه من عمل يدك بكذا و كذا (الكافي ٥:١٢١، عنه الوسائل ١٧:١٥٨، و فيه: عبدالرحمان بن سيابة).

و عن سماعة، عن ابي عبدالله عليه السلام قال: سألته عن بيع المصاحف و شرائها، قال: لا تشتر كتاب الله عز و جل و لكن اشتر الحديد و الورق و الدفتين، و قل: اشتريت منك هذا بكذا و كذا (الكافي ٥:١٢١).

٢ ـ و عن العجلي، عن ابي عبدالله عليه السلام في رجل اشتري من رجل عشرة آلاف طن في انبار بعضه على بعض من اجمة واحدة و الانبار فيه ثلاثون طن، فقال البائع: قد بعتك من هذا القصب عشرة آلاف طن، فقال المشتري: قد قبلت و اشتريت و رضيت ـ الخ.

٣ ـ عن سماعة، عن ابي عبدالله عليه السلام في الرجل يشتري العبد و هو آبق عن اهله، قال: لا يصلح له الا أن يشتري معه شيئاً آخر و يقول: اشترى منك هذا الشيء و عبدك بكذا و كذا فان

المزارعة ، و في النكاح [١] ، و في غيرها [٢] ، و ستجيء الاشارة الى بعضها

لم يقدر على العبد كان الذي نقده فيما اشترى منه ، (الكافي ٥:٢٠٩، الفقيه ٣:١٤٢، التهذيب ٧:٦٩، ٦:١٢٤، عنهم الوسائل ١٧:٣٥٤).

و عن رفاعة النخاس قال : سألت ابا الحسن ـ يعنى موسي بن جعفر عليهما السلام ـ قلت له : يصلح لي ان اشترى من القوم الجارية الابقة و اعطيهم الثمن و اطلبها انا، قال : لا يصلح شراؤها الا أن تشتري معها منهم شيئاً ثوباً او متاعاً فتقول لهم اشترى منكم جاريتكم فلانة و هذا المتاع بكذا و كذا درهماً ، فان ذلك جائز (الكافي ٥:١٩٤، التهذيب ٧:١٢٤، عنهم الوسائل ١٧:٣٥٣).

١ ـ عن ابان بن تغلب قال : قلت لابي عبدالله عليه السلام : كيف أقول لها اذا خلوت بها ، قال : تقول : اتزوجك متعة على كتاب الله و سنة نبيه لا وارثه و لا موروثة كذا و كذا يوماً .... فاذا قالت : نعم فقد رضيت فهي امرأتك و أنت اولى الناس بها ـ الخ (الكافي ٥:٤٥٥، التهذيب ٧:٢٦٥ ، الاستبصار ٣:١٥٠ ، عنهم الوسائل ٢١ :٤٣).

٢ ـ و عن سماعة قال : سألته عن بيع الثمرة هل يصلح شراؤها قبل ان يخرج طلعها، فقال : لا الا ان يشتري معها شيئا غيرها رطبة أو بقلا ، فيقول : اشتري منك هذه الرطبة و هذا النخل و هذا الشجر بكذا و كذا ـ الخ (الكافي ٥:١٧٦، الفقيه ٣:١٣٣، التهذيب ٧:٨٤، الاستبصار ٣:٨٦، عنهم الوسائل ١٨:٢١٩) .

و عن محمد بن مسلم ، عن احدهما عليهما السلام أنه قال في رجلين كان لكل واحد منهما طعام عند صاحبه و لا يدري كل واحد منهما كم له عند صاحبه ، فقال كل واحد منهما لصاحبه : لك ما عندك و لي ما عندي ، قال : لا بأس بذلك اذا تراضيا و طابت انفسهما (الكافي ٥:٢٥٨) .

و عن الحلبي ، عن ابي عبدالله عليه السلام أنه قال في الرجل يعطي الرجل المال فيقول له : ائت ارض كذا و كذا و لا تجاوزها و اشتر منها ، قال : فان جاوزها و هلك المال فهو ضامن ، و ان اشتري متاعا فوضع فيه فهو عليه و ان ربح فهو بينهما (الكافي ٥:٢٤٠).

و عن يحيي بن الحجاج ، قال : سألت ابا عبدالله عليه السلام عن رجل قال لي : اشتر هذا الثوب أو هذه الدابة و بعنيها اربحك فيها كذا و كذا ، قال : لا بأس بذلك ليشتريها و لا يواجبه البيع قبل ان يستوجبها أو يشتريها، (الكافي ٥:١٩٨).

و عن جراح المدائني ، قال : قال ابوعبدالله عليه السلام : اني اكره بيع ده يازده و ده دوازده ، لكن ابيعك بكذا و كذا ، (الكافي ٥:١٩٧، التهذيب ٧:٥٥، عنهما الوسائل ١٨:٦٢).

في شروط الصيغة .

الاّ أنّ الجميع غير ظاهر في اشتراط اللزوم باللفظ ، نعم قد يتوهّم منها اعتبار اللفظ في ترتّب الاثر لكنّه ليس بنحو يعتدّ به في رفع اليد عن عمومات الصحة و النفوذ .

الاستدلال بحديث : «انما يحلل الكلام ـ الخ»

قوله ﷺ : أن يراد من الكلام .

مرجع هذا المعنى الى ملاحظة الكلام نفسه موضوعاً للتحليل و التحريم بخلاف المعاني اللاحقة ، فانّه لوحظ فيها مرآة الى المعنى ، ولاجل ذلك يمتنع فرض الجامع بين المعنى الاوّل و المعاني الآخر لامتناع اجتماع اللحاظين ، فان أمكن الحمل على المعنى الاوّل صحّ الاستدلال به على المقام و الاّ سقط الاستدلال به عليه ، من دون فرق بين المعاني الثلاثة .

فقول المصنف ﷺ في بيان المعنى الثاني : الكلام مع مضمونه ، يعني به الكلام بلحاظ مضمونه كما في مثل قولهم : هذا الكلام صحيح و هذا

├ و عن محمد قال : قال ابوعبدالله عليه‌السلام : اني اكره بيع عشرة باحد عشر و عشرة باثني عشر ونحو ذلك من البيع و لكن ابيعك بكذا و كذا مساومة ـ الخ . (الكافي ٥:١٩٧، التهذيب ٧:٥٤، عنهما الوسائل ١٨:٦٣) .

و عن العلاء ، قال : قلت لابي عبدالله عليه‌السلام : الرجل يريد ان يبيع بيعا فيقول : ابيعك بده دوازده ، فقال : لا بأس انما هي هذه المراوضة ، فاذا جمع البيع جعله جملة واحدة (التهذيب ٧:٥٤، قرب الاسناد : ١٥) .

و عن عبدالله بن سنان ، عن ابي عبدالله عليه‌السلام قال : لا بأس بأن تبيع الرجل المتاع ليس عندك تساومه ثم تشتري له نحو الذي طلب ثم توجبه على نفسك ثم تبيعه منه بعد (الكافي ٥:٢٠١) .

الكلام فاسد ، فانّ موضوع الصحة و الفساد نفس المعنى ، و ليس المراد الكلام المقيّد بمضمونه .

قوله رحمه الله : **و على هذا المعنى ورد قوله عليه السلام .**

فانّ مضمون قوله عليه السلام : «للبقر ثلث و للبذر ثلث» [١]، غير مضمون قول المزارع لصاحب الارض : لك ثلث و لي ثلثان ، فلمّا اختلف المضمون المؤدّى اختلف الحكم بالحلّ و الحرمة .

قوله رحمه الله : **الكلام الواحد .**

يعنى مع اتّحاد مضمونه ، و بذلك يتّضح الفرق بينه و بين المعاني الآخر .

قوله رحمه الله : **أو باعتبار محلّه و غير محلّه.**

كان المناسب أن يجعل هذا الشقّ معنى خامساً للكلام ، اذ لا جامع بينه و بين الشقّ السابق ، كما لا يخفى .

قوله رحمه الله : **و يحتمل هذا الوجه الروايات .**

الروايات الواردة في المزارعة و هي رواية ابي الربيع المذكورة في المتن [٢]، و صحيح سليمان بن خالد [٣]، و صحيح الحلبي انّما اشتملت على

---

١ ـ و عن عبدالله بن سنان أنه قال في الرجل يزارع فيزرع ارض غيره ، فيقول : ثلث للبقر و ثلث للارض و ثلث للبذر ، قال : لا تسم شيئا من الحب و البقر ، و لكن تقول : ازرع فيها كذا وكذا ان شئت نصفاً و ان شئت ثلثا (الكافي ٥:٢٦٧، التهذيب ٧:١٩٧).

٢ ـ عن ابي الربيع الشامي ، عن ابي عبدالله عليه السلام مثله ، و زاد قبل قوله : فانما يحرم الكلام : و لكن يقول لصاحب الارض : أزرع في أرضك و لك منها كذا و كذا نصف أو ثلث أو ما كان من شرط ، و لا يسمي بذرا و لا بقرا (الفقيه ٣:١٥٨، المقنع : ١٣٠، التهذيب ٧: ١٩٤).

٣ ـ عن سليمان بن خالد قال : سألت ابا عبدالله عليه السلام عن الرجل يزرع ارض آخر ، فيشترط عليه للبذر ثلثاً و للبقر ثلثاً ، قال : لا ينبغي ان يسمي بذرا و لا بقرا ، فانما يحرم الكلام (الكافي ٥:٢٦٧، التهذيب ٧:١٩٧، عنهما الوسائل ١٩: ٤٠).

احدى فقرتي الحصر، و هي قوله عليه السلام: «انّما يحرّم الكلام»[١]، فلا يتوجّه عليه الاشكال المتقدّم على الحصر المذكور في الرواية الاولى، و مقتضى الجمود على الفقرة المذكورة أن يكون المراد انحصار المحرّم بالكلام فيكون وجوده محرماً و عدمه محلّلاً.

و هذا هو الشقّ الاوّل من المعنى الثالث، و نسبة التحريم الى الكلام باعتبار أنّه يُفسد المعاملة فاذا فسدت حرم العمل، و ان كان تحريم العمل حقيقة بمقتضى حرمة التصرف في مال الغير لا بنفس الكلام.

قوله رحمه الله: **خصوص المقاولة و المواعدة.**

فاللام على هذا المعنى للعهد، و يكون الفرق بين هذا المعنى و المعنى الثاني هو العموم و الخصوص، فهذا المعنى خاصّ، و ذلك عامّ.

ما استشكل على معاني الحديث

قوله رحمه الله: **مع لزوم تخصيص الاكثر.**

هذا غير ظاهر، نعم لا مجال للتمسك به في المعاطاة للاجماع على جواز التصرف معها، سواء أكانت موجبة للملك أم للاباحة.

قوله رحمه الله: **و كذا المعنى الثاني.**

لا يخفي أنّ السائل انّما سأل عن قول الرجل لصاحبه: اشترلي ـ الخ، فقوله عليه السلام: انّما يحرّم الكلام، بعد قوله عليه السلام: ان شاء ـ الخ، و قول

---

١ ـ و عن الحلبي قال: سئل ابوعبدالله عليه السلام عن الرجل يزرع الارض فيشترط للبذر ثلثا و للبقر ثلثا، قال: لا ينبغي ان يسمي شيئا فانما يحرم الكلام (الكافي ٥:٢٦٧).

السائل: نعم [١]، كالصريح في أنّ هذا القول ان كان بنحو يمنع من الاختيار في الاخذ و عدمه فهو محرّم و ان كان بنحو لا يمنع عنه فهو محلّل، و من المعلوم أنّ منعه و عدمه انّما هو باختلاف مضامينه و انّه ان كان مضمونه مجرّد الوعد بالشراء فهو محلّل و ان كان ايجاب الشراء فهو محرّم، و ليس هو الاّ المعنى الثاني.

و كأنّ هذا المقدار لا ينكره المصنف رحمه الله و انّما منع ظهوره في المعنى الثاني من أجل أنّه ليس هنا مطلب واحد المشترك بين الايجاب و الوعد و قد اخذ في المعنى الثاني بنحو وحدة المطلوب.

و فيه انّ المقصود تملّك السلعة و الانتفاع بها، و الكلام سواء أكان مضمونه المواعدة أم انشاء البيع انّما كان مقدّمة لذلك، فمراد الامام عليه السلام أنّه ان كان الكلام مواعدة فتملّك السلعة و الانتفاع بها حلال، و ان كان ايجاباً للبيع فهو حرام.

قوله رحمه الله: **فتعيّن المعنى الثالث، و هو.**

قد عرفت أنّ المعنى الثالث منحلّ الى معنيين، و المراد منه هنا الاوّل منهما، و هو كون نسبة التحليل و التحريم الى الكلام بمضمون واحد بملاحظة وجوده و عدمه، و هو معنى مستغرب، لانّ ألفاظ الماهيّات لا يعبّر بها عن العدم و ان عبّر بها عن الوجود، مضافاً الى أنّ حمل الكلام في احدى الفقرتين على العدم ان كان في الفقرة الثانية، بأن يكون المعنى: الكلام محلّل و عدمه محرم.

فهذا لا ينطبق على المورد، لانّ عدم المواعدة لا يكون محرّماً و انّما

---

١ ـ المروي عن خالد بن الحجاج قال: قلت لابي عبدالله عليه السلام: الرجل يجيئني فيقول اشتر هذا الثوب و اربحك كذا و كذا، فقال: أليس ان شاء اخذ و ان شاء ترك، قلت: بلي، قال: لا بأس به انما يحلل الكلام و يحرم الكلام (الكافي ٥: ٢٠٠).

المحرّم ايجاب البيع، و ان كان في الفقرة الاولى فالمراد: انّ الكلام محرّم و عدمه محلّل، و هو مع أنّه خلاف مقتضى الترتيب بين الفقرتين خلاف مقتضى تطبيقهما، بعد قوله عليه السلام : لا بأس، و سوقهما مساق التعليل له.

و توضيحه : انّ قوله عليه السلام : «أليس ان شاء ـ الخ»، راجع الى قضية شرطية حكم منطوقها التحليل و حكم مفهومها التحريم، و موضوع التحليل شرطها، و هو كون قول الرجل ليس على نحو الايجاب و الالزام، و موضوع التحريم نقيضه، و هو كون قول الرجل على نحو الايجاب و الالزام، فالموضوع فيهما هو الكلام الموصوف بالوصف العدمي و الوجودي لا وجود الكلام و عدمه.

و من ذلك تعرف أنّ حمل الخبر على الشقّ الثاني من المعنى الثالث غير متوجّه و ان سلّم من الاستغراب، كما تعرف أنّه كان الاولى للمصنف رحمه الله الحمل عليه لا على الشق الاوّل.

و أمّا المعنى الرابع، فيبعده أنّ الحمل على العهد لا يناسب سوق الكلام مساق التعليل، فانّه يناسبه العموم لا الخصوص، كما لعلّه ظاهر.

قوله رحمه الله : **و على كلا المعنيين.**

قد عرفت أنّ سقوطه عن الاستدلال به على اعتبار اللفظ لا يختص بالحمل على المعنيين الاخيرين، بل هو كذلك لو حمل على المعنى الثاني، و يختصّ جواز الاستدلال به على ذلك بما لو حمل على المعنى الاوّل لا غير.

امكان استظهار اعتبار الكلام في ايجاب البيع بوجه آخر

قوله رحمه الله : **نعم يمكن استظهار اعتبار.**

قد عرفت أنّ المعاني الثلاثة الاخيرة مشتركة في أنّ الكلام ملحوظ

عبرة الى مضمونه و معناه لا ملحوظ في نفسه ، و عليه فلا مجال لاستظهار اعتبار الكلام في ايجاب البيع الاّ من جهة أنّ التعبير عن البيع بالكلام لا بدّ أن يكون من جهة دخله في ترتّب الاثر على البيع و الاّ كان المناسب التعبير عنه بلفظه ، حتّى يشمل البيع المعاطاتي ايضاً كالبيع اللفظي .

و فيه انّ المصحّح للتعبير المذكور لا ينحصر فيما ذلك ، بل يجوز أن يكون لاجل كون الغالب في انشاء البيع أن يكون باللفظ ، بل كونه الغالب في أداء المقاصد جميعاً لا لاجل أنه دخيل فيه .

هذا ، و لكن ظاهر عبارة الكتاب أنّ الاستظهار مبنيّ على ملاحظة الكلام قيداً لمضمونه ، و قد عرفت أنّه ممتنع ، لأنّه يلزم اجتماع اللحاظين.

قوله رحمه الله : **الاوّل ، فتأمل .**

لعلّه اشارة الى ما يأتي في التنبيه الثاني ، من احتمال حصول المعاطاة بالاعطاء من أحد المتعاملين و الاخذ من الاخر .

قوله رحمه الله : **فانّ الظاهر أنّ المراد .**

فيه منع .

قوله رحمه الله : **المراوضة .**

مأخوذ من قوله : حتّى نتراوض على أمر ، أي نستقرّ عليه .

ثمّ انّ النصوص المذكورة ليس فيها تعرّض لاعتبار الكلام في ايجاب البيع ، و ذكر القول فيها انّما هو لتوقّف الافهام عليه غالباً ، و لو سلّم كان مقتضاها عدم افادة المعاطاة الملك لا عدم لزومه كما هو محل الكلام ، فلاحظ و تأمّل .

بيان آخر في معنى حديث: «انّما يحلّل الكلام ـ الخ»

لا يخفى أنّ الحصر في احدى فقرتيه في الخبر المذكور ينافى الحصر بلحاظ الفقرة الاخرى، فانّ مقتضى حصر المحلّل بالكلام ارتفاع الحلّ بعدمه، فيكون عدمه حراماً، و هو ينافي حصر المحرّم بالكلام، كما أنّ حصر المحرّم بالكلام يقتضي انتفاء التحريم بانتفاء الكلام، فيكون عدمه محلّلاً، و هو ينافى حصر المحلّل بالكلام، و لا فرق في حصول التنافى المذكور بين أن يكون المراد من الكلام نفسه كما هو مقتضى المعنى الاوّل، و بين أن يكون المراد مضمونه.

و على هذا فلو بني على جعل الحصر اضافيّاً لرفع التنافى المذكور امتنع الاستدلال بالخبر و ان حمل على المعنى الاوّل، اذ مرجع الحصر الاضافي الى أنّ نوعاً من الكلام محلّل لا محرّم، و انّ نوعاً آخر محرّم لا محلّل، و هو لا ينفع في توقّف الصحّة كلّية على اللفظ.

اللّهم الّا أن يكون بضميمة عدم القول بالفصل، لكنّه ممنوع، لانّه خلاف القول بالاكتفاء بمطلق الدالّ، نعم لو كان أحد الحصرين تصريحاً بمفهوم الاخر كان الحصر حينئذ واحداً و لا تنافي، لكن عرفت اشكاله.

و بالجملة الاستدلال بالخبر المذكور يتوقّف على علاج التنافى المذكور أوّلاً، فليتأمّل فيه.

ثمّ انّك قد عرفت الاشارة الى أنّ نسبة التحليل و التحريم الى الكلام على أيّ معنى حمل لا تخلو من عناية و تجوّز، فانّ ايجاب البيع قبل الشراء لا يكون محرّماً بل التحريم مستند الى حرمة التصرف في مال الغير، بحيث لو لم يوجب البيع لكان حراماً، و كذلك نسبة التحليل الى المواعدة و المقاولة، فانّها لا توجب حليّة المال، و انّما المحلّل له الشراء

الموعود به و المقاول عليه ، و لاجل ذلك يتوقّف الاستدلال بالخبر على ما نحن فيه على تحقيق معنى له ينطبق عليه ، فليحظ .

تنبيهات المعاطاة

١ ـ اعتبار شروط البيع فيها

قوله رحمه الله : **التمسك في مشروعيته بعموم .**

بناء على ما تقدّم منه رحمه الله ، من الاشكال في صلاحيّة قاعدة السلطنة لتشريع الاسباب لا يناسب التمسك بها لتشريع هذه الاباحة .

نعم صاحب الجواهر صرّح بالاستدلال على مشروعيتها بعموم تسلّط الناس على أموالهم ، و بطيب أنفسهم ، و التجارة عن تراض و نحوها ، وكأنّه لذلك كان تمسّكه على عدم اعتبار العلم بالعوضين فيها بالاصل السالم عن المعارض ، فيريد من الاصل أصالة الاطلاق في أدلّتها المذكورة .

و لكنّه قد عرفت الاشكال في التمسك بعموم السلطنة ، و كذا آية التجارة [١] لا مجال للرجوع اليها في المقام لاختصاصها بالاكتساب فلا تشمل اباحة التصرف .

نعم لا بأس بالتمسك بعموم : « لا يحلّ » [٢] ، وكذا عموم الوفاء بالعقود ، بناء على كونها على التقدير المذكور من العقود ، و حينئذ

---

١ ـ «يٰا اَيُّهَا الَّذينَ آمَنُوا لاٰ تَأْكُلُوا اَمْوٰالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبٰاطِلِ اِلاّٰ اَنْ تَكُونَ تِجٰارَةً عَنْ تَراضٍ مِنْكُمْ » ، النساء :٢٨.

٢ ـ «فانّه لا يحلّ دم امرء مسلم و لا ماله الاّ بطيبة نفسه » ، الكافي ٢٧٣:٧، الفقيه ٦٦:٤، عنهما الوسائل ١٢٠:٥.

لو شك في اعتبار شرط فيها كان المرجع الاطلاق .

قوله رحمه الله : وجوه ، يشهد للاوّل .

مرجع الوجوه الثلاثة الى أنّ أدلّة اعتبار الشروط في البيع هل لها اطلاق يشمل البيع العرفي و الشرعي اللازم و الجائز ، أو لا اطلاق لها من الجهتين ، أو لها الاطلاق من الجهة الثانية دون الاولى ، فالاوّل للاوّل ، و الثاني للثاني ، و الثالث للثالث ، لكن مبنى الوجوه المذكورة وجود اطلاق يقتضي الصحة ، و الاّ فلو فرض عدمه مطلقاً لم ينفع عدم اطلاق أدلّة الشروط من الجهتين في عدم اعتبارها ، اذ الشك حينئذ يرجع فيه الى أصالة عدم ترتّب الاثر بخلاف ما لو كان هناك اطلاق يقتضي الصحة ، فانّه يرجع اليه عند الشك ، اذ الشك في الاشتراك شك في تقييد ذلك المطلق ، و أصالة الاطلاق تنفيه .

و من ذلك يظهر أنّه لابد من اعتبار الشروط مطلقاً ، أمّا بناء على الملك فلاطلاق أدلّة اعتبارها و احتمال انصرافها الى البيع اللازم لتكون شرائط للزوم لا وجه له ، بل لا يمكن الالتزام به لو أريد من اللزوم ما يقابل الخيار ايضاً ، اذ لا ينفكّ البيع عن الخيار لا أقلّ من خيار المجلس ، نعم لو كان الشرط مستفاداً ممّا لا اطلاق له ، فاللازم البناء على عدم اعتباره لاطلاق أدلّة الصحة الّتي عرفتها .

و أمّا بناء على الاباحة ، فلو سلّم عدم اطلاق أدلّة الشروط بحيث تشمل المعاطاة بناء على الاباحة كما هو الظاهر ، امّا لانّ البيع المأخوذ في موضوع تلك الادلة اسم للمسبب المفروض انتفاؤه ، و امّا لكونه اسماً للسبب ، لكن منصرف دليل اعتبار الشروط اعتبارها في ترتّب المقصود منه ، و هو الملك أو المبادلة مثلاً ، و المفروض عدم حصوله ، و حصوله عرفاً ممّا لا يرتبط بتلك الادلّة ، اذ لا يعقل اعتبار تلك الشروط فيه ، لانّه

ممّا لا يقبل الجعل التشريعي ، لكن عدم الاطلاق في دليل الاباحة يوجب الرجوع مع فقد أحد الشروط الى أصالة عدمها للشك في ترتّبها حينئذ.

و ممّا ذكرنا تعرف الاشكال في جملة من فقرات العبارة ، كما تعرف صحة قوله رحمه الله : و الاحتمال الاوّل لايخلو من قوّة .

قوله رحمه الله : **لا يعتبر التقابض في المجلس ـ الخ .**

هذا مبني على تحقّق المعاطاة بالاعطاء من أحد الطرفين ، و الاّ فـاذا لم يتحقّق التقابض لم يتحقّق المعاطاة .

قوله رحمه الله : **حيث انّ المفيد ـ الخ .**

الانسب أن يكون التعبير معكوساً ، بأن يقال : حيث انّ العقد منحصر في المفيد للملك ، يعني فاذا لم تكن المعاطاة مفيدة للملك لم تكن عقداً .

قوله رحمه الله : **هو البيع العرفي .**

قد عرفت اشكاله .

ثمّ الانسب مقابلة البيع العرفى بالبيع الشرعي كما تقدّم منه لا العقدي ، و لا سيّما مع بنائه على كونها عقداً ، كما هو مقتضى تمسّكه سابقاً على الصحّة بعموم : « اَوْفُوا بِالْعُقُودِ » [1] ، و عدم افادة الملك لايلزم مـنه عـدم كونها عقداً عرفيّاً ، كما لم يلزم عدم كونها بيعاً .

قوله رحمه الله : **و لما عرفت من أنّ الاصل .**

هذا هو العمدة كما عرفت .

جريان حرمة الربا فيه

قوله رحمه الله : **و بما ذكرنا يظهر .**

---

١ ـ المائدة : ١.

قد عرفت أنّ كونها بيعاً عرفيّاً لايجدي في عموم الادلّة لها بناء على القول بالاباحة، بل الوجه في قدح الربا فيها عدم الدليل على الصحة معه، و الاصل عدم ترتّب الاثر.

قوله رحمه الله : **بل الظاهر التحريم.**

هذا الاضراب غير مناسب لما قبله، لأنّه مسوق مساق الترقي، و لا يحصل ذلك بالتحريم، بناء على عدم الاختصاص بالبيع كما يقتضيه قوله رحمه الله : لأنّها معاوضة، الظاهر في أنّ موضوع حرمة الربا مطلق المعاوضة.

قوله رحمه الله : **لأنّها معاوضة.**

قد عرفت اشكاله.

قوله رحمه الله : **بل معاوضة شرعية.**

يعني معاوضة بين العينين في الاباحة في مقابل المعاوضة بينهما في الملك، لكن عرفت الاشكال في ذلك في أوائل مبحث المعاطاة عند الكلام في تبعية العقود للقصود، و لو أريد المعاوضة بين الاباحتين ففي عموم أدلّة حرمة الربا لمثل ذلك تأمّل ظاهر.

قوله رحمه الله : **لأنّها جائزة[1] عندهم.**

لا يظهر الوجه في امتناع ثبوت الخيار مع الجواز، و هو قد التزم بثبوته بناء على الملك، مع أنّها جائزة ايضاً، و مجرّد عدم ترتّب أثر عليه قبل اللزوم لايوجب لغويّة ثبوته، لامكان ترتّب أثر عليه بعد اللزوم بطروء أحد الملزمات الآتية، نعم لو كانت على القول بالاباحة جائزة دائماً كان ثبوته لغواً، لكنّها ليست كذلك.

---

١ ـ في المكاسب المطبوع : اباحة.

فان قلت : اذا لم يترتّب على الخيار أثر عملى قبل اللزوم يكون ثبوته حينئذ لغواً .

قلت : يكفي في رفع اللغويّة حينئذ جواز اسقاطه بالاسقاط أو بالمصالحة عليه حينئذ ، نعم لا بأس على هذا القول بمنع ثبوت الخيار المختص بالبيع ، لعدم كونها بيعاً حينئذ ، لكن لا يناسبه اطلاق نفي الخيار و لا تعليله بأنّه لا معنى للخيار ، و فى نسخة مصحّحة ضرب على قوله : جائزة ، و أبدل بلفظ : اباحة ، يعني انّها لمّا كانت مفيدة للاباحة عند المشهور لا معنى للخيار ، لانّ الخيار ملك فسخ العقد و لا معنى للفسخ حينئذ ، لاختصاصه بالاعتباريات الوضعية الّتي تكون موضوعاً للاحكام التكليفية .

و ان شئت قلت : الفسخ انّما يطرأ على مضمون العقد فيرفعه ، و العقد على هذا القول لا مضمون له و لا مفاد ، و غاية ما ثبت اباحة التصرفات ، و ليست هي مضمون العقد ، من دون فرق بين أن تكون شرعية و أن تكون مالكية ، اذ الثانية لو قيل بها فهي مستفادة من الاعطاء و التسليط و ليست مضمون عقد .

قوله رحمه الله : بناء على صيرورتها بيعاً .

لا يخفى أنّه بناء على القول بالملك فهي بيع من أوّل الامر ، و انّما يكون اللزوم اذا تحقّق أحد الملزمات ، لا أنّها تكون بيعاً حينئذ ، مضافاً الى أنّها لو لم تكن بيعاً من أوّل الامر جاء الاشكال في امكان الفسخ حينئذ الموجب لامتناع الخيار .

قوله رحمه الله : الاّ أنّ أثره يظهر .

يعني الثمرة العملية المعتدّ بها ، و هي القدرة على الفسخ ، و الاّ فالاثر في الجملة كالفسخ و الاسقاط ثابت من أوّل الامر ايضاً كما ذكر رحمه الله .

قوله رحمه الله : **لاختصاص أدلّتها.**

قد تقدّم الاشكال عليه في نظيره .

٢ ـ بيان مورد المعاطاة

قوله رحمه الله : **للشهيد في الدروس .**

قد عرفت أنّ كلامه في حاشية القواعد المتقدّم في عدم وجوب التقابض في معاطاة النقدين يقتضي ذلك ايضاً .

قوله رحمه الله : **لا ريب في أنّه لايحصل معنى المعاطاة .**

كأنّه لدعوى أنّ هيئة المفاعلة دالّة على الاشتراك في المبدأ ، لكنّه غير ظاهر في مثل : سافرت ، و طالعت الكتاب ، و شايعت زيداً ، و كاتبته ، و عاملته ، و بادرت اليه ، و هاجرت اليه ، و عانيته ، و عاينته ، و ناديته ، و عاتبته ، و حابيته ، و جاريته ، و عاندته ، و كابرته ، و جاملته ، و ساقيته ، و زارعته ، و آجرته ، و عارضته ، و زاحمته ، و آويته ، الى غير ذلك ممّا لا يحصى كثرة و شياعاً .

قوله رحمه الله : **بناء على عموم الحكم .**

يعني عند الاصحاب ، من أجل أنّ ذكر المعاطاة من باب أنّها بيع فعلي لا لخصوصيّة في التعاطي من الطرفين.

قوله رحمه الله : **و أخذ الآخر له تملّكاً له .**

لا يبعد ذلك ايضاً في صورة التعاطي من الطرفين، فانّ اعطاء أحدهما ايجاب و أخذ الاخر قبول ، و اعطاء الثاني ليس ايجاباً و لا قبولاً ، و انّما هو جري على مقتضى الاعطاء الاوّل ، كما ذكره المصنف رحمه الله فيما يأتي .

قوله رحمه الله : **بمجرّد ايصال الثمن .**

يحتمل أن يكون ذلك من قبيل : أعتق عبدك عنّي ، في كون الواضع

للفلس هو المتولّي للمعاملة عن نفسه و عن صاحب المال بايصاله للفلس الى المحلّ المعدّ له ، و ليس من باب الاذن في التصرف بلا ملك ، كـما قيل .

قوله رحمه الله : **فيتقاولان على .**

بنحو يقصدان انشاء المعاملة المقصودة .

قوله رحمه الله : **فالاشكال المتقدّم .**

لأنّه لا مجال لاحتمال دخول الفرض في المعاطاة .

٣ ـ تمييز البائع عن المشتري في البيع المعاطاتي

قوله رحمه الله : **الثالث : تمييز البائع من المشتري .**

لاينبغي التأمّل في أنّ البائع و المشتري مـفهومان مـتمايزان تـمايزاً واضحاً عند العرف ، فالبائع عندهم مالك المعوض و المشتري مـالك العوض ، فاذا لوحظ كون الدرهم عوض الثوب فمالك الثوب بائع و مالك الدرهم مشتر ، و اذا لوحظ كون الثوب عوض الدرهم كان الامر بالعكس .

و أمّا الايجاب و القبول فليسا مائزين بينهما ، اذ قد يكون الموجب هو المشتري و القابل هو البائع ، كما لو قال مالك العوض : اشتريت مـنك الثوب بدرهم ، فقال مالك الثوب : قبلت ، فانّ ايقاع المعاملة انّما كان من المشتري و البائع لم يقع منه الاّ قبول ما جعله المشتري .

هذا كلّه في التمايز بينهما في مقام الثبوت ، و أمّا في مقام الاثبات ، فان كان أحد العوضين من العروض و الاخر من النقود ، فغلبة كـون الثـاني ملحوظاً عوضاً و الاوّل معوّضاً قرينة على كون مالك الاوّل بائعاً و مالك الثاني مشترياً ، و لو كانا معاً من قبيل العروض أو من قبيل النقود فلا يبعد كون تقدّم أحدهما قرينة على كونه بائعاً و الآخر مشـترياً جـرياً عـلى

أصالة التطابق بين التقدّم الزماني و الرتبي، و لو تساويا لم يبعد الحكم بأنّ الطالب المساوم هو المشتري و الآخر هو البائع للغلبة، و قد يتّفق وجود قرائن مميّزة فيعوّل عليها، و الاّ فلا ميز بينهما في الظاهر، و ان علم اجمالاً بأنّ أحدهما بائع و الاخر مشتر فيرجع في ترتيب الاحكام عليهما الى الاصول الجارية.

هذا، و عبارات المصنف رحمه الله لا تخلو من اضطراب، لانّ بعضها ظاهر في كونه في مقام التمييز بين المفهومين ثبوتاً، و بعضها ظاهر في كونه في مقام التمييز بينهما اثباتاً.

قوله رحمه الله : **و لو لم يلاحظ الاّكون أحدهما بدلاً.**

ان اريد كون أحدهما بعينه لوحظ بدلاً و الاخر مبدلاً، فقد عرفت أنّ مالك الاوّل مشتر و أن مالك الثاني بائع، و الاشكال انّما يكون في الطريق الى معرفة ذلك ليتميّز البائع عن المشتري في مقام الاثبات، و لا وجه للاحتمالات الآتية، فانّها احتمالات في الشبهة المفهومية لا المصداقية الّتي هي محل الكلام.

و ان اريد كما هو الظاهر كون كلّ منهما ملحوظاً بدلاً عن الآخر من دون أن يكون أحدهما بعينه ملحوظاً بدلاً و الآخر مبدلاً عنه بل الملحوظ المبادلة بينهما.

فلا ينبغي التأمّل في كون المعاملة ليست بيعاً، فلا بائع فيها و لا مشتري، و لا وجه للاحتمالين الاولين.

قوله رحمه الله : **بناء على أنّ البيع.**

على هذا لا يختصّ صدقهما معاً على كلّ من المالكين في المقام، بل يطرد في كلّ بيع لصدق العنوانين المذكورين على كلّ من المتعاملين.

قوله رحمه الله : **لانصرافهما في أدلّة.**

قد عرفت أنّه ليس لنا مورد اختصاص على هذا المبنى ، فلا مـجال للانصراف اليه .

قوله رحمه‌الله : **لصدق الموجب .**

قد عـرفت أنّ التـقدّم قـرينة عـلى كـون المـتقدّم مـالك المـعوّض ، فلا يرجع اليها عند اتّضاح الحال ، كما هو ظاهر الفرض .

قوله رحمه‌الله : **لانّها بمعنى التسالم .**

هذا اذا كان الانشاء متعلّقاً بنفس التسالم لا ما اذا كان متعلّقاً بموضوع التسالم ، و الاّ فجميع العقود يكون المنشأ فيها موضوعاً للتسالم حتّى البيع ، فالمايز بين الصلح و غيره أنّ الصلح هو التسالم على أمر مّا ، و لو كان تبديل عين باخرى الّذي هو البيع ، فان كان المنشأ التسالم على أمر كان العقد صلحاً ، و ان كان المنشأ موضوع التسالم لم يكن صلحاً ، بل يكون امّا بيعاً ان كان المنشأ مضمونه ، و امّا رهناً ان كان المنشأ مضمونه ، و هكذا ، فعلى هذا يتعيّن كون العقد في الفرض معاملة مستقلّة .

٤ ـ أقسام المعاطاة بحسب قصد المتعاطيين

قوله رحمه‌الله : **في أخذه قابلاً .**

لا يتعيّن أن يكون القبول بالاخذ ، بل يجوز أن يكون بالاعطاء كما سبق في التنبيه الثاني ، بل يجوز أن يكون بهما معاً ايضاً .

قوله رحمه‌الله : **لفظ المصالحة و المساقاة .**

فانّ المبدأ انّما يقوم في الامثلة المذكورة بأحد المتعاقدين لا غير .

قوله رحمه‌الله : **و ربّما يستعمل في المعاملة .**

كما تقدّم في ذيل التنبيه الثاني .

قوله رحمه‌الله : **متقوّمة بالعطاء من الطرفين .**

هذا ايضاً أحد الفروض ، فانّها قد تتقوّم بالعطاء من أحدهما و الاخذ من الآخر ، و بالعطاء و الاخذ و العطاء معاً من الآخر .

قوله رحمه الله : **و هذا بعيد عن معنى البيع.**

بل لا ربط له بالبيع ، لانّ البيع هو البدليّة بين الاموال الّتي تكون موضوعاً للتمليك ، لا بين تمليك شيء و تمليك آخر ، نعم لو لوحظ تمليك الآخر عوضاً عن نفس ماله كان من قبيل البيع ، اذ لا يعتبر في عوض العين المملّكة في البيع أن تكون عيناً بل يجوز أن يكون منفعة ، و عملاً و حقّاً ، كما سبق في تعريف البيع .

نعم قد تشكل صحّته من جهة أنّ التمليك ليس مالاً ، فلا يصحّ أن يكون عوضاً عن المال ، كما يمكن ايضاً تصوير آخر بأن تكون عين الآخر في مقابل تمليكه عكس الفرض السابق .

و فيه ايضاً من الاشكال ما في سابقه ، و لكنّه غير ظاهر التوجّه ، لانّ ذلك انّما يمنع عن جعله عوضاً في البيع لانّه مبادلة مال بمال ، و لا يمنع من جعله عوضاً مطلقاً اذا لم يكن أكل المال بازائه أكلاً بالباطل كما هو كذلك في الفرضين، نعم ما لا يكون مالاً و يكون أكل المال بازائه أكلاً له بالباطل لا يجوز جعله عوضاً ، سواء أكان عيناً كالخنافس و الديدان أم عملاً كالكون في المواضع المظلمة و الصعود على الجبال المرتفعة و نحو ذلك ، لا مثل ما نحن فيه ، و لاجل ذلك صحّح المعاملة المذكورة غير واحد من الاعيان .

قوله رحمه الله : **اذ لو لم يُملّكه الثاني هنا .**

يعني و في الهبة ليس كذلك بل يتحقّق التمليك المعوّض فيها بالايجاب و القبول و ان لم يتحقّق التمليك العوض ، و حاصل الفرق بين الصورة المفروضة و الهبة المعوضة أنّ الصورة المفروضة قد جعل فيها

أحد التمليكين بازاء الاخر ، فالايجاب الّذي ينشأ به التمليك المعوّض به ينشأ التمليك العوض ايضاً و بقبول الاخر ، سواء أكان بـالاعطاء أم بالاخذ يتمّ العقد ، فلا يمكن انفكاك أحد التمليكين فيها عن الاخر.

أمّا الهبة المعوضة فايجاب الواهب انّما يتضمّن انشاء تمليكه فـقط ، و بقبول المتهّب يتمّ العـقد فـيتحقّق تـمليك المـعوض ، و أمّـا تـمليك العوض فتحقّقه يتوقّف على انشاء آخر من المتّهب و قبول من الواهب ، فاذا لم يتحقّقا لم يتحقّق مع تحقّق التمليك المعوّض ، فيمكن التفكيك بين التمليكين في الهبة و لا يمكن هنا .

نعم يوهم قوله : لو لم يملكه الثاني ـ الخ ، أنّ تمليك العوض محتاج الى انشاء ابتدائي من الطرف الثاني ، فيكون منافياً لما ذكرناه ، لكنّه ليس بمراد ، بقرينة قوله رحمه الله : و المعاملة هنا ـ الخ ، اذ المراد من تقوّمها بالعطاء من الطرفين أنّ العطاء من أحدهما ايجاب و من الآخر قـبول ، و أنّـه اذا تحققّا تحقّق التمليكان ، فهما يكونان بـايجاب واحـد و قـبول واحـد ، و لا يحتاج الثاني الى ايجاب و قبول غير ما هما قوام المعاملة .

و بالجملة الظاهر أنّ المراد ما ذكرنا ، و ان كان لا يـخلو مـن خـفاء ، و لا سيّما مع قوله رحمه الله : لأنه انّما ملّكه بازاء ـ الخ ، اذ الانسب في التعبير عمّا ذكرنا أن يقال : لانّ التمليكين يحصلان بقبول واحد و هو الاعـطاء الثاني .

فان قلت : الايجاب المتضمّن لجعل التمليك للغير بـعوض تـمليكه لعينه يقتضي استحقاق الموجب على طرفه التمليك ، فيكون مالكاً على التمليك ، كما في جعل العمل عوضاً ، فيجب الوفاء عليه بايجاد التمليك كما يجب عليه الوفاء بايجاد العمل ، فكـيف يكـون مـجعولاً بـايجاب التمليك معه ، و لا يحتاج الى جعل مستقل .

قلت : الاعمال الخارجية لمّا لم تكن صالحة للجعل الاعتباري كان معنى جعلها أعواضا جعل ملكيّتها لمالك المعوّض ، كما هو كذلك في الاعيان المجعولة أعواضاً ، أمّا التمليك و نحوه ممّا يصلح للجعل الاعتباري فيمكن جعلها أعواضاً بلحاظ نفسها لا بلحاظ جعل ملكيّتها كما يمكن الثاني ايضاً ، فاذا جعلت على النحو الاوّل كانت مجعولة بالايجاب المتضمّن لجعل العوض ، و اذا جعلت على النحو الثاني كان المجعول به ملكيّتها لمالك المعوّض لا جعل نفسها فيحتاج في جعلها الى جعل آخر مستقلّ .

و أمّا دعوى أنّ تمليك القابل وظيفة القابل فلا يمكن جعله بايجاب الموجب ، ففيها انّه لا مانع من ذلك ، و لذا يصحّ قولك : تملّكت مال زيد اذا قال زيد : قبلت ـ كما يصحّ : اشتريت مال زيد ـ فيقول زيد : قبلت .

قوله رحمه‌الله : **على نحو الداعي .**

يعني فلا يكون منشأ بايجاب التمليك المعوّض ، بل يحتاج الى انشاء ابتدائي من المالك .

قوله رحمه‌الله : **أو معاوضة مستقلّة .**

قد عرفت في التنبيه السابق ما يقتضي تعيّن ذلك .

قوله رحمه‌الله : **اباحة ماله بعوض .**

يعني يكون العوض ملكاً للمبيح في قبال اباحته لا في قبال العين المباحة كما في الوجه الاوّل ، لانّ اعتبار العوض للعين المباحة يتوقّف على اخلاء محلّ العوض عنه ليكون العوض فيه ، و المفروض أنّ المباح لا تغيّر فيه من هذه الجهة ، فلا يمكن اعتبار العوضية عنه .

و من ذلك يظهر الاختلاف بين الاباحة و الملك من هذه الجهة ، فانّه بالتمليك تزول ملكيّة المملّك عن العين ، فيمكن اعتبار العوض لها ،

و لاكذلك الاباحة ، نعم يمكن جعل التمليك بازاء الاباحة كما يمكن العكس .

الاشكال في بعض الاقسام

قوله رحمه الله : **في صحّة الاباحة بالعوض .**

هذا الاشكال مختصّ بالصورة الاولى ، بخلاف الاشكال الاوّل فانّه جار في الصورتين جميعاً .

قوله رحمه الله : **فالظاهر أنّها لا تجوز ، اذ التصرف .**

التعليل المذكور على تقدير تماميّته موجب لوضوح عدم الجواز لانتفاء المشروط بانتفاء شرطه و الّا كان خلفاً فلا مجال للتردد .

ثمّ انّ هذا الاشكال تعريض بصاحب الجواهر ، حيث ذكر : انّ اباحة كلّ منهما التصرّف للاخر على جهة المعاوضة ، لا فرق فيها بين أنواع التصرّفات ما توقّف منها على الملك و غيره على معنى اباحة ايقاعها للمباح له لا للمبيح ، فتجري عليها أحكام الاباحة المجانية من اللزوم بالتلف ، و أحكام المعاوضة من تعيين العوض بالمسمى ، و احكام : أعتق عبدك عنى ، و بع هذا المال لك ، و نحوه ممّا يفيد الملك الضمنى بوقوع التصرف ، بناء على جريانه على القواعد ـ الخ .

بحث في التصرفات المتوقفة على الملك

قوله رحمه الله : **أحدهما : أن يقصد المبيح .**

مرجع هذا الوجه الى دعوى امّا تحقّق الشرط ، و هو الملكيّة قبل البيع ، لانّ اباحة التصرف راجعة الى توكيل المباح له في انشاء التملّك لنفسه قبل البيع ، أو لأنّها راجعة الى انشاء التمليك من المبيح للمباح له

و يكون ايجاد التصرف من المباح له قبولاً لذلك التمليك ، و امّا انتفاء المشروط ، و هو بيع المباح له لنفسه ، و انّما يبيع للمبيح فيدخل الثمن في ملكه ثمّ يتملّكه المباح له ، لانّ الاباحة تقتضي الاذن في هذا التملّك.

قوله ﷺ : و لا شكّ أنّ المقصود.

شروع في بيان فقدان هذا الوجه ، و حاصله : انّ الامور المذكورة كلّها انشائيات موقوفة على القصد من المبيح و المباح له ، و هو منتف ، فلا يمكن الالتزام بواحد منها ، لكن يبقى سؤال الفارق بين المقام و بين مثل : اعتق عبدك عنى ، و لِمَ كان الاوّل خالياً عن القصد و الثاني واجداً له و لو اجمالاً ، فانّه اذا كان اطلاق الامر بالعتق عنه هو الاذن في التمليك لأنّه من مقدّماته فلِمَ لا يكون اطلاق الاذن في البيع لنفسه اذناً في مقدّماته الّتي منها التملك بل هو أولى ، لانّ توقّف البيع لنفسه على الملك عقلائي لا شرعيّ تعبّدي.

فاذاً يتعيّن أن نقول : اذا كان ظاهر لسان الاذن هو البيع عن نفس المأذون و كان مطلقاً ، و قلنا بأنّه موقوف على الملك كان ذلك توكيلاً منه في التملك و اذناً فيه ، لانّ الاذن في الشيء اذن في لوازمه فضلاً عن مقدّماته.

و التحقيق أن يقال : التصرّف الموقوف على الملك لا يكون موضوعاً للاباحة ، لا بدون الملك لكونه شرطاً فيه ، و لا معه لانّ المالك يباح له التصرف لكونه مالكاً و لا أثر لاباحة غيره له ، فاذا قال المالك لغيره : أبحت لك أن تبيع ملكي لك ، كان لغواً الاّ أن يكون المراد به الكناية عن اباحة التملك ، هذا مع اختصاص لسان الاباحة بالتصرف الموقوف على الملك ، أمّا مع اطلاقها الشامل للتصرف فيه بالتملك و هو غير موقوف على الملك كما لو قال : أبحت لك مالي ، فمقتضى اطلاقها جواز

التملك ، و حينئذ يجوز البيع و نحوه ممّا هو موقوف على الملك لتحقق شرطه .

و على هذا فـاشكال المـصنف رحمه الله فـي عـموم الاباحة للـتصرفات المـوقوفة عـلى المـلك ان كـان راجـعاً الى نـفي قـدرة المـباح له عـلى التصرفات المذكورة من جهة توقّفها على الملك و لا طريق الى الاذن في التملك ، ففيه انّ اطلاق الاباحة يقتضي عمومها للتملك ، فيقتضي ثبوت القدرة عليه الموجبة للقدرة على التصرفات الموقوفة عـليه ، و ان كـان راجعاً الى امتناع عموم الاباحة للتصرفات مع الاعتراف بقدرة المباح له عليها للقدرة على التملك فهو في محلّه لما عرفت .

و كـذا لو كـان راجـعاً الى امـتناع اقـتضاء الابـاحة المـطلقة لجـواز التصرفات المذكورة بدون تملك ، لما ذكـره مـن أنّ الابـاحة لا تـصلح لتشريع الاحكام .

قوله رحمه الله : **الثاني : أن يدلّ دليل شرعي .**

مرجع هذا الوجه الى دعوى امّا تحقق الشرط بجعل من الشارع قبل التصرف ، و امّا انتفاء المشروط أعني التصرف عن المباح له ، بل هو عن المبيح لا غير ، و لكن الملكيّة تتحقّق بجعل من الشارع للـمباح له بـعد التصرف ، فلا فرق بين الوجهين الاّ في أنّ الملكيّة في الاوّل بـجعل مـن المالك أو نائبه ، و في الثاني بجعل من الشارع .

و حاصل الجواب أنّه لا دليل على ثبوت الملكيّة المذكورة ، اذ ليس ما يحتمل صلاحيّته للدلالة على ذلك الاّ قاعدة السلطنة ، و هي انّما تدلّ على ثبوت سلطنة المالك على الاسباب المشروعة ، و لا تصلح لتشريع الاسباب غير المشروعة بمقتضى الادلّة العامة ، فاذا كان مقتضى عموم الادلّة توقّف تصرف المباح له على ملكه للعين ، لا تصلح قاعدة السلطنة

لاثبات مشروعية اذن المالك للمباح له في التصرف الموقوف على الملك في حال عدم الملك ، فكما لا تصلح قاعدة السلطنة لاثبات اباحة البيع مع الجهل بالعوضين لا تصلح لاثبات صحة اباحة البيع مع عدم الملك .

قوله رحمه الله : **للجمع بين الادلّة .**

يعنى الدليل الدالّ على صحّة الشراء ، و الدليل الدالّ على عدم ملك العمودين ، فيحمل الثاني على معنى نفي الملك المستقرّ ، فلا يمنع من الملك آناًما على نحو يتعقّبه العتق ، و كذلك في المقام يبنى على دخول العوض في ملك المبيح آناًما على نحو ينتقل الى المباح له بعده .

هذا ، و قد عرفت في تحقيق معنى البيع أنّه لا يتوقّف على الملك ، بل يكفي في تحقّق مفهومه تحقّق البدلية بين الثمن و أحد العمودين ، بحيث لو لم يكن مانع من ملك أحد العمودين لملكه المشتري ، و ان كان لا يملكه فعلاً لوجود المانع .

و لعلّ هذا المعنى هو المراد من الملكيّة التقديريّة في العبارة ، لكن يمنع عن حملها على ذلك بناء المصنف رحمه الله فيما سبق على دخول الملكيّة في مفهوم البيع ، و عليه فلا بدّ أن يكون المراد من التقديرية الفعلية غير المستقرة ليتحقق مفهوم المعاوضة البيعية ، اذ لا يكفى فيها على هذا المعنى مجرّد الفرض و التقدير .

هذا ، و المنسوب الى ظاهر الاكثر تحقّق الملك آناًما ثمّ ينعتق ، و يقتضيه ظاهر مثل صحيح الفضلاء : «اذا ملك الرجل والدية أو اخته أو عمّته أو خالته أو بنت أخيه أو بنت أخته ، و ذكر أهل هذه الآية من

النساء عتقوا جميعا ـ الى أن قال عليه السلام : ـ اذا ملكن عتقن »[١] .

قوله رحمه الله : **واثبات صحّته بعموم .**

لو تمّ هذا بأن كانت قاعدة السلطنة صالحة لتشريع الاباحة على النحو المذكور ، فلا تكون النتيجة استكشاف الملكيّة آناًما ، بل كانت صحّة التصرف بلا ملكية .

قوله رحمه الله : **مثل توقّف انتقال .**

تقدّم الكلام في وجه هذا التوقف في المسائل المذكورة في الاستدلال على صحّة المعاطاة ، فراجع .

قوله رحمه الله : **بصيغة خاصة .**

على هذا لا يحسن اطلاق توقّف الوطء على الملك ، بل اللازم أن يقال بتوقّفه امّا على الملك أو التحليل بصيغة خاصة .

قوله رحمه الله : **مفهوم المعاوضة .**

هذا ممّا لا ينبغي الريب فيه بالنسبة الى مفهوم المعاوضة من الطرفين ، لكن كون البيع منها محلّ تأمّل ، لما عرفت سابقاً من أنّ احدى العينين فيه معوّض و هو المبيع و مالكه البائع ، و الاخرى عوض و هو الثمن و مالكه المشتري ، و اختصاص الثاني بباء العوض ، فلا يصحّ أن تدخل على الاوّل شاهد على كون الاوّل لم تلحظ فيه العوضية عن الثاني .

و على هذا لا يصحّ أن يقول المالك لغيره : بع مالي لك ، و يصحّ أن يقول : اشتر بمالي لك طعاماً ، فيكون الثمن نظير المهر يجوز بذله من الزوج و الاجنبي .

---

١ ـ عن عبيد بن زرارة ، عن أبي عبدالله عليه السلام قال : لا يملك الرجل أخاه من النسب ـ الى أن قال : ـ و قال : اذا ملك والديه أو اخته ، أو عمته ، أو خالته ، أو بنت أخيه ـ و ذكر أهل هذه الاية من النساء ـ اعتقوا ، و يملك ابن أخيه و خاله ، و لا يملك امّه من الرضاعة ، و لا يملك اخته و لا خالته ، اذا ملكهم عتقوا (التهذيب ٨: ٢٤١، الاستبصار ٤: ١٥، عنهما الوسائل ٢٣: ٢٠).

و بالجملة : عاوضت هذا بهذا ، ليس بمعنى : عاوضت بين هذا و هذا ، فانّ الثاني حاك عن المعاوضة بين العينين على نحو واحد ، و الاوّل حاك عن عوضيّة احداهما بعينها عن الاخرى بعينها ، فمدخول الباء عوض لا غير ، و الاخر معوّض عنه لا غير .

اللّهم الّا أن يقال : عوضيّة المعوّض عن العوض ملحوظة ايضاً تبعاً ، و بذلك افترق المثال الثاني عن الاوّل ، فانّ العوضية في الطرفين ملحوظة أصالة على نحو واحد ، و حينئذ يكون الفارق بين المبيع و الثمن في البيع كون الاوّل هو المعوّض عنه بالاصالة لكونه المقصود و محطّ الغرض ، و ان كان هو ايضاً عوضاً عن الثاني ، و الثاني بالعكس .

قوله رحمه‌الله : **لما ذكرنا حكم الشيخ .**

هذا الاستشهاد مبني على كون الاباحة في المعاطاة مالكيّة كما يقتضيه ايضاً قوله رحمه‌الله فيما يأتي : مع أن مقصود ـ الخ ، لكنّه خلاف ما تقدّم منه من كون مقصود المتعاطيين التمليك ، و نسبة ذلك الى الشيخ و الشهيد و غيرهما ، و لو كانت الاباحة شرعية لم يحسن الاستشهاد لامكان اختصاصها بغير الفروض المذكورة و الاصل عدمها فيها مع أنّها لا ترتبط بعموم السلطنة .

قوله رحمه‌الله : **حاكم على عموم .**

لأنّه رافع للجواز المأخوذ موضوعاً لعموم السلطنة .

قوله رحمه‌الله : **حكومة الدليل الدالّ على .**

فانّ ذلك الدليل لمّا كان دالاً على عدم نفوذ عتق عبد الغير فقد اقتضى سلب القدرة عليه و هي شرط في صحّة النذر ، لانّ الممتنع لا يكون موضوعاً لاضافة الملكيّة الّتي يتضمّنها النذر .

قوله رحمه الله : آناً ما ، فتأمّل .

لعلّه اشارة الى أنّه على تقدير التعارض بالعموم من وجه يتعيّن الرجوع في مورد التعارض الى دليل آخر ، و هو في المقام أصالة عدم ترتّب الاثر لا أنّه يستكشف الملكيّة القهرية الشرعية ، و استكشاف الملكيّة في شراء من ينعتق على المشتري كان من أجل عدم امكان تخصيص كلّ منهما ، لانّ قاعدة توقّف المعاوضة على دخول العوض في ملك مالك المعوّض لا تقبل التخصيص ، و كذلك دليل صحّة الشراء ، لوروده في مورد القاعدة المذكورة ، فلا يقاس عليه المقام .

الملكية التقديرية في دية الميت

قوله رحمه الله : بالنسبة الى الميت .

فانّها تقدّر ملكاً له حال الحياة ، و لاجل ذلك تجري عليها أحكام أمواله حال الحياة فيرثها ورثته و تنفذ منها وصاياه ، و توفّى منها ديونه ، لا أنّه يملكها بعد الموت ، و ان قلنا بامكان ذلك ، لانّه عليه لا وجه لجريان الاحكام المذكورة ، و لذا لا تجري في دية الجناية على أعضائه بعد الموت ، بل يتعيّن صرفها في وجوه القرب اجماعاً كما عن غير واحد و نصوصاً ، نعم ذكر غير واحد أنّها يقضى منها الدين لانّه من أهمّ القرب و ان كان لا يخلو من اشكال ، بل منعه بعض .

و كيف كان فدية النفس يقدّر كونها ملكاً للميّت حال حياته ، و لذا ذكروا أنّها في حكم مال المقتول ، و كأنّ الوجه في عدم فعلية الملكيّة أن هذه الفعلية ان كانت حال الحياة يلزم تقدّمها على العلة و هو الموت ، و ان كانت حال الموت يلزم اجراء أحكام دية الجناية على الاعضاء بعد الموت ، و كلاهما لا مجال له .

أقول : لو سلّم كون القتل ملحوظاً شرطاً للملكية على نحو الشرط المقارن لا بنحو الشرط المتأخر ، فيمكن أن يكون ملحوظاً شرطاً لحكم الشارع بالملكية حال الحياة ، فالحكم بالملكية ظرفه بعد القتل لكن الملكيّة المحكوم بها هي الملكيّة حال الحياة على نحو الكشف المشهوري في باب اجازة الفضولي ، فلا موجب للالتزام بالملك التقديري دون الفعلي الحقيقي .

قوله رحمه الله : **أو شراء العبد المعتق عليه .**

قد عرفت أن الملكيّة ليست داخلة في مفهوم البيع ، و حينئذ فان قام دليل على عدم ملك الانسان لمن ينعتق عليه أصلاً و لو آناًما ، أمكن العمل به في شراء من ينعتق عليه ، بلا معارضة بينه و بين ما دلّ على صحّة الشراء له و لا موجب لتقدير الملكيّة ، و ان كان الدليل انّما دلّ على عدم استقرار الملكيّة فلا مانع من الالتزام بأنّ الشراء يوجب الملكيّة في الجملة آناًما ثمّ ينعتق ، و الملكيّة حينئذ حقيقية لا تقديرية .

و كذا لو قلنا بدخول الملكيّة في مفهوم البيع فعلى التقدير الثاني لا تزاحم بين دليل صحّة الشراء و دليل الانعتاق بعد الملكيّة ، أمّا على التقدير الاوّل فالبناء على الملكيّة التقديرية لا يجدي في الجمع بين الدليلين ، لانّ الملكيّة التقديرية مرجعها الى الملكيّة على تقدير مفقود فهي معدومة ، و الملكيّة المعدومة لا تجدي في تحقيق مفهوم المعاوضة البيعية ، بناء على دخول الملكيّة في مفهوم البيع ، فكيف يكون الالتزام بالملكية التقديرية جمعاً بين الدليلين ، و ما الفرق بين ذلك و بين عدم الالتزام بالملكية أصلاً ، بأن لا يكون المراد من الشراء في المقام الشراء حقيقة بل هو معاوضة أخرى يترتّب عليها الانعتاق كما أشرنا الى ذلك قريباً .

قوله رحمه الله : **المذكور أوّلاً .**

يعني في الوجه الاوّل ، و الملكيّة فيه مجعولة ابتداء من المتعاقدين.

قوله رحمه الله : **المذكور ثانياً.**

يعني في الوجه الثاني ، و الملكيّة فيه مجعولة ابتداء من الشارع اقتضاها الجمع بين الدليلين.

قوله رحمه الله : **المذكور ثالثاً.**

الفرق بينه و بين المذكور أوّلاً لا يخلو من خفاء ، اللّهم الّا أن يكون من جهة أنّ الاوّل مضمون عقد و الاخير نتيجة ايقاع ، لانّ الايقاع يكون وارداً على الفسخ ، فاذا انفسخ العقد رجعت الملكيّة الى المالك بالسبب الاوّل لا بجعل من الواهب أو ذي الخيار ، فتأمّل .

قوله رحمه الله : **امّا لازماً بناء على .**

لا تخلو العبارة من حزازة ، لانّ سوقها يظهر منه أنّ الجواز و اللزوم مبنيان على المبنيين المذكورين ، و من البعيد جدّاً ارادة ذلك .

و الّذي ينبغي أن يراد أنّ نيّة البائع البيع لنفسه ان كانت مقوّمة و مؤثّرة بطل العقد و لو مع الاجازة لما سبق من امتناع المعاوضة ، و ان كانت غير مؤثّرة و لا مقوّمة صحّ بلا اجازة ، بناء على الاكتفاء بالاباحة الصادرة من المالك قبل البيع ، أو بشرط الاجازة بناء على عدم الاكتفاء بها كما هو الظاهر ، لاختصاصها بالبيع للمباح له ، و هو لا يمكن وقوعه و لا تشمل البيع للمالك .

قوله رحمه الله : **و انّه يملك الثمن بدفعه اليه .**

اذا كان ملك الغاصب للثمن يتحقّق بمجرّد دفع المشتري اليه ، فلا يكون ممّا نحن فيه حتّى يحسن جعل ما يظهر من الجماعة مخالفاً لما ذكره قدس سره في هذا المبحث ، و انّما يحسن ذلك لو كان بناؤهم على أنّ

التسليط انّما يوجب اباحة التصرف .

لكن ذلك خلاف ما صرّح به هنا و يظهر منه في مبحث الفضولي ، بل خلاف ما يظهر من بعض كلماتهم المقولة في ذلك المبحث ، و لعلّه لذلك أمر بالتأمل ، فتأمّل جيّداً .

بحث في أقسام الاباحة المعوضة

قوله رحمه الله : **ليست معاوضة مالية .**

لاختصاصها بالاموال و ليست الاباحة منها ، و كذلك التمليك و نحوه من العناوين الانشائية ، بل المال موضوعها كالمال المباح و المملوك ، لأنه محطّ الاغراض العقلائية المستوجبة لاعتبار مالية المال ، و التمليك و الاباحة انّما يقصدان عرضاً باعتبار موضوعهما .

قوله رحمه الله : **بل كلاهما ملك .**

أمّا المباح فلبقائه على ملك المبيح ، اذ لم يصدر منه الاّ الاباحة و ليست موجبة للخروج عن الملك ، و أمّا العوض فلانّ المقصود من عوضيّته للاباحة هو ذلك ، أعني كونه ملكاً للمبيح ، و المراد من عوضيّة العوض هنا معنى الجزاء و الثواب لا قيامه مقام العوض في الملكيّة أو نحوها .

قوله رحمه الله : **يستحقّ التصرف .**

يعني تكليفاً بلا حقّ وضعي ، و لذا لا يسقط بالاسقاط .

قوله رحمه الله : **خروجه عن المعاوضات .**

قد يتوهّم أنّ التصرف في الحمامات و الامكنة المعدّة لنزول المسافرين ، و المحلّات المعدّة لوضع الاجناس التجارية ، و نحو ذلك من هذا القبيل .

و فيه انّه لو كان كذلك لاستحقّ المبيح المعوّض بمجرّد الاباحة و ليس كذلك في مرتكزات العرف ، كما أنّ المرتكز كون العوض عوضاً عن التصرف لا عن الاباحة ، فلا يبعد اذاً أن يكون ذلك من باب الاباحة على نحو الضمان بالمسمّى ، بعد امتناع كونه من باب الاجارة للجهالة الموجبة للبطلان .

ثمّ انّ الظاهر أنّ مقصود المصنف رحمه الله من دعوى عدم المعهودية للخروج عن عموم مثل : « اَوْفُوا بِالْعُقُودِ» [1] ، لاختصاصه بالعقود المتعارفة، لكن التعارف لا يقيّد الاطلاق فأولى أن لا يخصص العام ، مع أنّه لو اقتضى ذلك أشكل التمسك بمثل قاعدة السلطنة و « المؤمنون عند شروطهم » [2] و آية التجارة ، و ان علم صدقها في المقام لانصراف الجميع الى المتعارف ، و ليس المقام منها .

قوله رحمه الله : **مع التأمل في صدق التجارة .**

لا ينبغي التأمل في صدقها بالاضافة الى المبيح لتحقق الاكتساب بالاضافة اليه .

نعم يبعد جدّاً صدق التجارة بالاضافة الى المباح له ، لكن اذا دلّت الآية على الصحة بالاضافة الى أحدهما فقد دلّت عليها بالاضافة الى الآخر للملازمة ، كما أنّ من الواضح عدم صدق البيع عليها ، فلا يشملها قوله تعالى : «اَحَلَّ اللّهُ الْبَيْعَ » [3] ، و نحوه .

قوله رحمه الله : **من بعض الاخبار الدالّة .**

كصحيحي محمد بن مسلم و منصور بن حازم عن أبي جعفر و أبي

---

١ ـ المائدة : ١.

٢ ـ عوالي اللئالي ١ : ٢٢٢، الرقم : ٩٩.

٣ ـ البقرة : ٢٧٤.

عبد اللّه عليهما السلام في رجلين كان لكلّ واحد منهما طعام عند صاحبه و لا يدري كلّ واحد منهما كم له عند صاحبه ، فقال كلّ واحد منهما لصاحبه : لك ما عندك و لي ما عندي ، فقال عليه السلام : « لا بأس »[١] .

هذا ، و لا يظهر من الصحيحين المذكورين كون المعاملة المذكورة صلحاً ، بل من الجائز أن تكون معاملة مستقلة ، كما أشرنا الى ذلك في ذيل التنبيه الثالث ، فراجع .

قوله رحمه الله : **ما ورد في مصالحة الزوجين .**

ففي مصحّح الحلبي عن أبي عبد اللّه عليه السلام : « سألته عن قول اللّه عزّ و جلّ « **وِ اِنِ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزاً أَوْ إِعْرَاضاً** »[٢] ، فقال عليه السلام : هي المرأة تكون عند الرجل فيكرهها فيقول لها : اني أريد أن أطلّقك ، فتقول له : لا تفعل انّي أكره أن تشمت بي ، و لكن انظر في ليلتى فاصنع بها ما شئت و ما كان سوى ذلك من شيء فهو لك و دعنى على حالتي ، فهو قوله تعالى : « **فَلاٰ جُنٰاحَ عَلَيْهِمٰا أَنْ يُصْلِحٰا بَيْنَهُمٰا صُلْحاً** »[٣] ، و هذا هو الصلح »[٤]، و نحوه غيره[٥] .

---

١ ـ عن محمد بن مسلم ، عن احدهما عليهما السلام أنه قال في رجلين كان لكل واحد منهما طعام عند صاحبه و لا يدري كل واحد منهما كم له عند صاحبه ، فقال كل واحد منهما لصاحبه : لك ما عندك و لي ما عندي ، قال : لا بأس بذلك اذا تراضيا و طابت انفسهما (الكافي ٥:٢٥٨ ، الفقيه ٣:٢١) .

رواه في التهذيب ٦:٢٠٦، و ٧:١٨٧ عن منصور بن حازم عن ابي عبدالله عليه السلام .

٢ ـ النساء : ١٢٨.

٣ ـ النساء : ١٢٨.

٤ ـ الكافي ٦ : ١٤٥، التهذيب ٨ : ١٠٣ ، تفسير العياشي ١ : ٢٧٩ ، عنهم الوسائل ٢١:٣٤٩.

٥ ـ عن أحمد بن محمد ، عن أبي الحسن الرضا عليه السلام في قول اللّه عزّ و جلّ : « وِ اِنِ امْرَأَةٌ

لكن الظاهر منها أنّ المراد بالصلح الصلح الحقيقي في مقابل النزاع و النشوز ، لا الصلح الانشائي المقابل لسائر العناوين الانشائية ، كما لا يخفى .

قوله رحمه الله : **كفى فيها عموم : الناس .**

قد تقدّم منه رحمه الله في الاستدلال على صحّة المعاطاة الاشكال في دلالة عموم السلطنة على قدرة المالك على تشريع الاسباب ، فلا يحسن لذلك الاستدلال به على الصحة في المقام .

قوله رحمه الله : **و المؤمنون عند شروطهم .**

قد عرفت أنّ الاستدلال به على المقام يتوقّف على صدق الشرط على الشرط الابتدائي ، و هو محلّ اشكال كما سيأتي في محلّه ، فالاولى التمسك لصحتها بعموم : « **أَوْفُوا بِالْعُقُودِ** »[1] ، و « **تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ** »[2] .

قوله رحمه الله : **أقواها أوّلها.**

لعموم : «المؤمنون عند شروطهم» ، بناء على دلالته على اللزوم في مثل المقام ، و لا يعارضه عموم السلطنة بالاضافة الى المبيح ، لكون المفروض صدور التصرف من السلطان ، فيكون مقتضى العموم القدرة عليه على ما هو عليه من اللزوم و الجواز ، فلا يصلح لمعارضته ما دلّ على لزومه ، لما عرفت من أنّها لا تصلح للتشريع .

و بالجملة عموم السلطنة انّما يقتضي شرطية اذن المالك في صحّة

خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزاً أَوْ إِعْرَاضاً» ، قال : النشوز ، الرجل يهمّ بطلاق امرأته فتقول له : أدع ما على ظهرك و أعطيك كذا و كذا ، و احللك من يومي و ليلتي ، على ما اصطلحا فهو جائز (تفسير العياشي ١:٢٧٨، عنه الوسائل ٢١:٣٥١).

١ ـ المائدة :١.

٢ ـ النساء :٢٨.

التصرف، فاذا وقع التصرف بارادة المالك و كان لازماً لم يصلح العموم لرفع لزومه.

و من ذلك تعرف وجه الثاني، و أنّه لا وجه للثالث لو كانت الاباحة على النحو المذكور قولية، و أمّا اذا كانت بالمعاطاة فيمكن القول بالاخير، لما سبق في المعاطاة على نحو التمليك.

حكم الاباحة بالاباحة

قوله رحمه الله: **يظهر ممّا ذكرنا في.**

يعني من خروجها عن المعاوضات المعهودة، و الظاهر هنا وضوح عدم صدق التجارة فضلاً عن البيع.

قوله رحمه الله: **الصحة و اللزوم للعموم.**

يعني عموم: «المؤمنون عند شروطهم».

قوله رحمه الله: **لاصالة التسلط.**

قد تقدّم منه ضعف التمسك به في قبال: «المؤمنون عند شروطهم»، فيكون اللزوم أقوى، و لا يظهر الوجه في الفرق بين الصورتين كي يكون اللزوم في الاولى أقوى، و لا يكون في هذه الصورة كذلك.

ثمّ انّه قد يستشكل في التمسك بعموم «المؤمنون ـ الخ»، بأنّه يتوقّف على أن يكون للشرط مضمون يشك في ارتفاعه بالفسخ حتى يكون العموم دالاً على بقائه، و من المعلوم أنّ الاباحة المالكية تزول بكراهة المالك و فسخه، و منه يظهر الاشكال في عموم: «اَوْفُوا بِالْعُقُودِ»[1].

و يندفع بأنّ الّذي يزول بالكراهة و الفسخ هو الاباحة النفسانية، و أمّا

---

١ ـ المائدة: ١.

الاباحة الاعتبارية الانشائية الّتي هي ايضاً موضوع للاثر بشهادة صحة انشائها فزوالها بالكراهة غير ظاهر لعدم التنافي بينهما ، نعم زوالها بالفسخ موقوف على جواز العقد ، فاذا دلّ على لزومه الدليل مثل :« **اَوْفُوا بِالْعُقُودِ**» ، و «المؤمنون عند شروطهم » ، الدالّين على ثبوت مضمون العقد و الشرط دائماً ، و هو هنا الاباحة المذكورة ، فقد دلّ على عدم زوالها بالفسخ .

٥ ـ جريان المعاطاة في جميع العقود و الايقاعات

قوله رحمه الله : **ذكر المحقق الثاني في جامع المقاصد .**

ذكر ذلك في ذيل كلامه في المعاطاة من كتاب البيع ، و كذا ذكر في المسالك ، فانّه قال :

« العاشر : ذكر بعض الاصحاب ورود المعاطاة في الاجارة و الهبة ، بأن يأمره بعمل معيّن و يعيّن له عوضاً فيستحقّ الاجرة بالعمل ، و لو كان اجارة فاسدة لم يستحقّ شيئاً مع علمه بالفساد ، بل لم يجز له العمل و التصرف في ملك المستأجر مع اطباقهم على جواز ذلك و استحقاق الاجر ـ انتهى ».

قوله رحمه الله : **و لم نجد من صرح به في.**

هذا الاشكال لا يختصّ بجريانها في الاجارة ، لما تقدّم من أنّ المعاطاة في البيع عند الاصحاب لا توجب الملك ، و انّما توجب الاباحة .

قوله رحمه الله : **موضع نظر ، لانّ .**

هذا لا يتوجّه على ما حكاه في المسالك ، لتخصيصه المنع بالعمل في ملك المستأجر ، و كأنّ المنع حينئذ لتوقّف جواز التصرف في ملك الغير على الاذن منه ، و فساد المعاملة يقتضي انتفاءها لابتناء الاذن من المالك

على المعاملة ، فاذا فسدت كما هو المفروض انتفت الاذن المترتّبة عليها و حرم التصرف ، و أمّا اذا لم يكن العمل تصرّفاً في ملك المستأجر فبطلان الاجارة لا يوجب حرمته لجواز العمل في نفسه مع قطع النظر عن الاجارة .

و الظاهر أنّ المراد ممّا في جامع المقاصد المنع في خصوص الصورة الاولى بقرينة فرض المعاطاة الّتي لا تتحقق الاّ بالاعطاء ، كأن يعطيه ثوباً مثلاً و يأمره بخياطته بعوض معيّن فيأخذه العامل .

ثمّ انّه يظهر من قول المصنف رحمه الله : سيما اذا لم ـ الخ ، جواز عمل الاجير في الاجارة الفاسدة و ان كان تصرّفاً في ملك المستأجر ، لكن عرفت الاشكال فيه ، و سيجيء في التنبيه الثامن بعض الكلام فيه .

قوله رحمه الله : لانّ الظاهر ثبوت اجرة المثل .

لقاعدة احترام عمل المسلم اذا لم يقصد التبرّع ، لأنّه بالقصد المذكور يكون هو الهاتك لحرمة عمله ، و ليس كذلك لو لم يقصد التبرع و ان كان عالماً بالفساد ، فانّ علمه به انّما يوجب علمه بعدم استحقاق الاجرة المسمّاة ، لا أنّه يوجب بذله لعمله مجّاناً ، و سيجيء ان شاء اللّه تعالى تحقيق ذلك في مسألة ضمان المقبوض بالعقد الفاسد ، و لعل مراد جامع المقاصد استحقاق الاجرة المسمّاة مطلقاً ، لكنّه بعيد .

قوله رحمه الله : لا يدل على جريان المعاطاة .

لانّ جواز الاتلاف أعمّ من الملك فلا يدلّ عليه ، نعم بناء على أنّ المعاطاة تفيد الاباحة فجواز الاتلاف عين الاباحة ، فالاجماع على جواز الاتلاف اجماع على جريان المعاطاة في الهبة .

قوله رحمه الله : و توقف الملك في الهبة .

هذا اشكال آخر على المحقق الثاني غير الاشكال الاوّل ، فانّه كان

اشكالاً على استدلاله على مدّعاه، و هذا اشكال على نفس المدّعى.

قوله رحمه الله: **كما يظهر من المسالك.**

قال فيها في كتاب الهبة: «و ظاهر الاصحاب الاتّفاق على افتقار الهبة مطلقاً الى العقد القولي في الجملة، فعلى هذا ما يقع بين الناس على وجه الهدية من غير لفظ يدلّ على ايجابها و قبولها لا يفيد الملك بل مجرّد الاباحة ـ الخ»، لكنّه بعد هذا الكلام مال الى جريان المعاطاة في الهدية و انّها تفيد الملك المتزلزل، فراجع.

قوله رحمه الله: **و ممّا ذكرنا يظهر المنع.**

فانّ الفساد الّذي هو بمعنى عدم ترتّب الملك لا يقتضي المنع من سائر التصرّفات، لامكان الحكم بعدم الملك و بجواز التصرف كما سبق في الاستدلال على صحّة المعاطاة بقوله تعالى: «اَحَلَّ اللّهُ الْبَيْعَ»[1].

المناقشة في تعميمه الى بعض العقود و الايقاعات

قوله رحمه الله: **بناء على جريان المعاطاة في.**

يعني على نحو توجب الملك.

قوله رحمه الله: **لكون الفعل مفيداً.**

يعني فيشمله عموم الصحة.

هذا، و لم يتعرّض للاتفاق الّذي حكاه سابقاً عن ظاهر المسالك اكتفاء بما يحكيه عن ظاهر التذكرة لمعارضته له، بل عرفت أنّه في المسالك لم يعتن بذلك الاتفاق و مال الى جريان المعاطاة في الهدية في كتاب الهبة، و الى جريانها في مطلق الهبة في كتاب البيع.

---

١ ـ البقرة: ٢٧٤.

قوله رحمه الله : لكن استشكله في.

قال في جامع المقاصد بعد ما حكى عن التذكرة ما ذكر : « و يشكل بأنّ باب البيع ثبت فيه حكم المعاطاة بالاجماع بخلاف ما هنا ، أمّا الاستيجاب و الايجاب فنعم ـ الخ » ، و ظاهره أنّ جريان المعاطاة في البيع على خلاف القواعد للاجماع على جريانها ، و لا اجماع على جريانها في الرهن فلا موجب للخروج عن القواعد ، و اشكال ما ذكره ظاهر ممّا تقدم .

و منه يظهر الاشكال في قول المصنف رحمه الله : و لعلّ وجه الاشكال ، فانّ وجهه ظاهر ممّا ذكره ، و هو أجنبي عما ذكره المصنف ، و ان كان هو ايضاً وجها للاشكال بل أوجه ممّا في جامع المقاصد .

قوله رحمه الله : و الاوّل غير متصوّر هنا .

كأنّ المناسب أن يقال : و كلاهما غير متصوّر هنا بل المتصوّر ثبوت الرهن على وجه الجواز أو اللزوم ، و الاوّل ينافي الوثوق المقوّم لمفهوم الرهن ، و الثاني خلاف الاجماع على اعتبار اللفظ في اللزوم .

قوله رحمه الله : و لم يقم هنا اجماع .

هذا هو العمدة ، لما عرفت من أنّ الاصل اللزوم و الخروج عنه يحتاج الى دليل ، و ممّا يوضح انتفاء الاجماع في الرهن ثبوت القول بجريان المعاطاة فيه مع عدم احتمال كون المراد جريانها فيه على وجه الجواز لما عرفت .

و كذا الكلام في الوقف المبني على الدوام و التأبيد ، و لا سيّما بملاحظة السيرة المستمرة على جريان المعاطاة على وجه اللزوم في جملة من موارده ، كالمساجد و المشاهد و منازل المسافرين ، و ما يتعلّق بها من فرش و نحوها و غير ذلك .

و المتحصّل أنّه بعد ما كـان مـقتضى الاصـل الصـحة و اللـزوم و أنّ الخروج عنه أنّما كان بالاجماع يجب الاقتصار فيه على القدر الميتقن، و لمّا لم يثبت الاجماع على البطلان في الموردين المذكورين تعيّن القول بالصحة فيها على وجه اللزوم، للاصل الّذي لم يثبت ما يوجب الخروج عنه.

قوله رحمه الله: **نعم يظهر الاكتفاء.**

قال في الذكرى: «قال الشيخ في المبسوط: اذا بنى مسجداً خـارج داره في ملكه فان نوى به أن يكون مسجداً يصلّي فيه كلّ مـن أراده زال ملكه عنه و ان لم ينو ذلك فملكه باق عليه، سواء صـلّى أو لم يـصلّ، و ظاهره الاكتفاء بالنية، و أولى منه اذا صلّى فيه، و ليس في كلامه دلالة على التلفظ، و لعله الاقرب ـ انتهى».

قوله رحمه الله: **هو الملزم في باب البيع.**

يعني هو الملزم في المعاطاة الّتي تكون في البيع، لاطّراد وجه اللزوم في المعاطاة في البيع و غيره على نحو واحد.

٦ ـ ملزمات المعاطاة

تأسيس الاصل في المعاطاة من حيث اللزوم و الجواز

قوله رحمه الله: **لما عرفت من الوجوه الثمانية.**

الوجوه المذكورة عدا الاستصحاب عمومات، و لاجل أنّها في المقام مخصّصة بما دلّ على جواز المعاطاة و عدم لزومها كما هو المـفروض يكون المورد من صغريات مسألة ما اذا خصّص العام في زمان و شك في تخصيصه ايضاً في الزمان الثاني، و أن المرجع عموم العام أو استصحاب حكم المخصص.

و مختار المصنف رحمه الله اختصاص الرجوع الى العام بما اذا كان له عموم أزماني ، بحيث يكون مكثراً لافراد العام ، و الاّ فالمرجع استصحاب حكم المخصص ، و قد اختار في مبحث خيار الغبن كون عمومات اللزوم من قبيل الثاني ، و أنّه لو شك في كون الخيار فوريّاً أو مستمراً فليست هي المرجع ، و أمّا الاستصحاب فهو محكوم لاستصحاب الجواز لأنّه أصل سببي ، سواء أكان الجواز حكماً فعليّاً أم تعليقيّاً .

نعم بناء على التحقيق من أنّ الاستصحاب التنجيزي في مورد الاستصحاب التعليقي معارض به لا محكوم له و أنّ الجواز في المقام راجع الى حكم تعليقي ، و هو الانفساخ على تقدير الفسخ ، يتعارض الاصلان ، فلا أصل يقتضي اللزوم و لا الجوار .

هذا ، و التحقيق أنّ دلالة العام على ثبوت الحكم في الزمان الثاني ان كان بعناية ثبوته في الزمان الاوّل ، بحيث كان مفاد العام ثبوت الحكم لكلّ فرد في كلّ زمان بعنوان الاستمرار و الدوام ، فاذا خصّص العام في زمان بنحو ينتقض الاستمرار و ينفصم ، لا مجال للرجوع الى العام بعد ذلك الزمان ، و ان كانت دلالة العام على ثبوت الحكم في الزمان الثاني ليست بتلك العناية ، فلا مانع من الرجوع الى العام في الزمان الثاني .

و من ذلك يظهر أنّه لو كان التخصيص من أوّل الامر لا مانع من الرجوع الى العام و ان كان مفاده على النحو الاوّل ، لانّ التخصيص المذكور لا يوجب انفصام الاستمرار و لا انتقاضه ، و انّما يختلف المفادان عملاً لو كان التخصيص في الاثناء ، و قد تعرّضنا لذلك في حاشية الكفاية .

و على هذا لا مانع من الرجوع الى عمومات اللزوم في المقام ، لكون الظاهر أنّ مفادها على النحو الثاني ، فلاحظ .

قوله رحمه الله : لقاعدة تسلط النّاس على أموالهم .

بناء على ما هو الظاهر من أنّ مورد كلام المصنف رحمه الله صورة قصد المتعاطيين التمليك، فالاباحة شرعية لا مالكية، و عليه تارة يشك في أنّها لازمة أو جائزة بمعنى أنّ للمالك رفعها، و أخرى يعلم بأنّها جائزة و لكن يشك في لزومها بعد جوازها بحيث يكون الشك في بقاء جوازها و ارتفاعها، فعلى الاوّل يكون مقتضى عموم السلطنة أنّها جائزة.

نعم يجري الاشكال المتقدّم في التمسك بالعموم المذكور، لأنّه مخصّص بما دلّ على الاباحة، فالرجوع اليه في الزمان اللاحق بعد تخصيصه في الزمان السابق مبني على ما سبق.

و على مختار المصنف رحمه الله لا يجوز الرجوع الى العموم، بل المرجع ينبغي أن يكون استصحاب حكم المخصّص، و على الثاني كما هو محلّ الكلام هنا يكون مقتضى العموم المذكور ايضاً هو الجواز، اذ لا فرق بين الزمانين.

نعم الّذي يظهر من كلمات جماعة كما تأتي الاشارة اليه في التنبيه السابع أنّ لزوم المعاطاة على القول بالاباحة راجع الى انعقاد مضمونها و تحقق المبادلة بين العينين، لا لزوم نفس الاباحة و المنع عن ارتفاعها مع بقاء كلّ من العينين على ملك مالكها، فالشك في لزوم المعاطاة على هذا القول مساوق للشك في ترتّب الاثر المقصود عليه و نفوذها.

و لاجل أنّ مقتضى عمومات الصحة و النفوذ ذلك، و أنّها خصّصت بما دلّ على مجرد الاباحة في خصوص الزمان الاوّل، و هو ما قبل طروء محتمل الملزمية، يكون المقام ايضاً من صغريات مسألة العام المخصّص في زمان و قد شك في تخصيصه في زمان آخر، و اذ عرفت أنّ التحقيق وجوب الرجوع الى العام لا استصحاب حكم الخاص، يتعيّن في المقام البناء على اللزوم بهذا المعنى.

و عليه فلا فرق بين القول بالملك و القول بالاباحة في أنّه مع الشك في ملزميّة شيء يبنى على ملزميته ، نعم لو كان الشك في لزوم الاباحة مع العلم ببقاء العين على ملك مالكها ، كما يقتضيه الجمود على ظاهر عبارة الاكثر ، فلا ينبغي التأمّل في أنّ مقتضى عموم السلطنة الجواز و عدم اللزوم .

لكن الظاهر أنّ مرادهم ما هو مصرّح به في كلام الجماعة من ارادة المعاوضة لا أقلّ من الشك الموجب للرجوع الى عموم الصحة .

قوله رحمه الله : **و أصالة سلطنة المالك .**

هذا غير ظاهر ، لانّ ما دلّ على الاباحة الشرعية ناقض لتلك السلطنة فلا مجال لاستصحاب بقائها ، نعم يحسن الرجوع الى استصحاب بقاء السلطنة الثابتة حال العلم بالجواز لكن يغني عنه العموم المتقدّم بل لا يحسن الجمع بينهما كما لا يخفى .

قوله رحمه الله : **و هي حاكمة على .**

لانّها أصل سببي و استصحاب الاباحة أصل مسبّبي .

قوله رحمه الله : **لو سلّم جريانها .**

كأنّه لاحتمال كون الشك في موردها من قبيل الشك في المقتضي .

تلف العوضين من الملزمات

قوله رحمه الله : **على الظاهر المصرّح به في .**

قال في الحدائق : « لا اشكال و لا خلاف عندهم في أنّه لو تلفت العينان في بيع المعاطاة فانّه يصير لازماً ، و قال في مفتاح الكرامة : لا اشكال و لا خلاف عندهم في أنّه لو تلفت العين من الجانبين صار لازماً ـ انتهى ».

و في الجواهر عن شرح استاده : « لا ريب و لا خلاف في أنّ المعاطاة تنتهي الى اللزوم ، و أنّ التلف الحقيقي أو الشرعي بالنقل بالوجه اللازم للعوضين معاً باعث على اللزوم ».

قوله رحمه الله : **فواضح ، لانّ تلفه .**

حاصله : انّ الرجوع على هذا القول ان كان بالعين فهو ممتنع ، لأنّها تالفة ، و ان كان ببدلها فهو يتوقّف على ضمانها ، و لاجل أنّه لا دليل عليه ، اذ لا منشأ لتوهّمه الاّ عموم على اليد ، و سيجيء الاشكال عليه ، يكون المرجع أصل البراءة .

هذا ، و قد عرفت الاشارة الى أنّ لزوم المعاطاة عندهم بالتلف بناء على الاباحة راجع الى صيرورتها معاوضة بين العينين ، و لاجل أنّ التالف لا يقبل المعاوضة عليه لا بدّ من حمل كلامهم على ارادة كون ما بعد التلف ظرفاً للحكم بكونها معاوضة قبل التلف ، فيكون التالف من مال من تلف بيده و انتقل اليه ، لا من مال مالكه الّذي انتقل عنه كما ذكر المصنف رحمه الله .

و قد عرفت أنّ هذا المعنى من اللزوم لا يحتاج الى تكلّف اثباته بما ذكر ، بل يكفي فيه العمومات المقتضية لصحّة المعاطاة من أوّل الامر المقتصر في الخروج عنها على القول بالاباحة على ما قبل التلف بالاجماع على الاباحة و يرجع اليها بعد التلف ، و لعلّ غرض المصنف رحمه الله من هذا الاستدلال بيان أنّ اللزوم لا يتوقّف اثباته على ما ذكرناه بل يمكن أن يثبت من طريق آخر .

الكلام على القول بالملكية

قوله رحمه الله : **فلما عرفت من أصالة اللزوم .**

يعني انّ كلاً من العينين و ان كان مضموناً بضمان المعاوضة ، و لذا لو تقايلا رجع كلّ منهما على الآخر بالبدل ، لكن المانع من الرجوع أصالة اللزوم المتقدمة .

قوله رحمه‌الله : **حتّى يستصحب .**

قد عرفت أنّ التحقيق تعيّن الرجوع الى عمومات اللزوم كما ذكر قدس‌سره في تأسيس الاصل ، لا الى الاستصحاب و ان اجتمعت اركانه ، و لعلّ غرضه بيان عدم اجتماع اركان الاستصحاب ، و ان كان لا يجري لو اجتمعت أركانه ، لحكومة العمومات عليه .

قوله رحمه‌الله : **من عوارض العقد لا العوضين .**

فانّ الجواز في العقد الخياري بمعنى الانحلال بالفسخ و هو قائم بالعقد ، و الجواز هنا بمعنى التملّك بالاخذ و الرجوع لا بعنوان الفسخ فهو قائم بالعوضين.

و فيه انّ الجواز بهذا المعنى لا يكون مخالفاً لاصالة اللزوم المستفاد من أدلّته المتقدّمة ، و انّما الّذي ينافيه الجواز القائم بالعقد ، فلا وجه للتّمسك في نفيه بأصالة اللزوم ، نعم الجواز بالمعنى المذكور ينافي قاعدة السلطنة ، لانّ تملّك مال الغير بغير اذنه على خلاف سلطنته عليه .

و ايضاً فانّ حمل الجواز على هذا المعنى خلاف المقطوع به في كلماتهم ، اذ لا ينبغي التأمّل في أنّ مرادهم من الجواز ما يقابل اللزوم ، و من الرجوع الرجوع الاعتباري الانشائي يعني الفسخ ، بل لا يعرف القول بالجواز بالمعنى الّذي ذكره قدس‌سره لاحد منّا ، لا هنا و لا في الهبة ، و انّما نسب الى بعض الشافعية في الهبة و لكنّه ممّا لا تساعد عليه أدلّته فيها ، و ان احتمله في الجواهر .

قوله رحمه‌الله : **فلا مانع من بقائه.**

لما عرفت من جواز التقايل و لو بعد التلف الدالّ على قيام العقد حينئذ بالبدل ، فيكون الفسخ موجباً للرجوع بالبدل ايضاً .

قوله رحمه الله : **لا مطلق الرجوع .**

يعني لا مطلق الرجوع بالعين و لو مع تلف الاخرى كما في الهبة ، فانّ موضوع الرجوع فيها نفس العين الموهوبة ، اذ لا عين اخرى معها كي يتوهّم قيامه بهما معا .

و من ذلك يظهر الفرق بينه و بين الترادّ في المقام ، فانّ موضوعه لمّا كان مجموع العينين امتنع بتلف احداهما ، و لا كذلك لو كان الجواز بمعنى الرجوع في العين ، لامكان تحقّقه بالاضافة الى العين الموجودة و لو مع تلف الاخرى .

قوله رحمه الله : **في مقابلة أصالة اللزوم .**

قد عرفت أنّ الجواز بالمعنى الّذي ذكره قدس سره لا يقابل أصالة اللزوم بل يقابل أصالة السلطنة ، و عليه لو شك في أنّ الجواز في المقام هل هو بالمعنى الاوّل أو بالمعنى الثاني لا طريق الى تعيينه ، اذ يلزم من حمله على كلّ من المعنيين تخصيص أحد العامين و لا مرجّح ، فيسقط العامان للعلم الاجمالي بمخالفة أحدهما للواقع ، و يكون المرجع أصالة عدم ترتّب الاثر على كلّ من الفسخ و التملك بالاخذ لو وقع منفرداً و لو وقعا معاً علم حينئذ بترتّب الاثر ، كما أنّه لو انحصر مستند اللزوم بالاستصحاب فعموم اللزوم يدلّ بالالتزام على بطلان الاستصحاب فيبنى على كون الجواز بالمعنى الاوّل .

لكن عرفت أنّه لا ينبغي التأمّل في أنّ الجواز الّذي قام عليه الاجماع هو بالمعنى الاوّل ، كما عرفت أنّه مع الشك في بقائه و ارتفاعه يكون المرجع عمومات اللزوم ، و لا حاجة في اثبات هذا اللزوم الى ما ارتكبه المصنف رحمه الله .

تلف أحد العوضين

قوله رحمه الله : **و منه يعلم حكم ما لو تلف .**

يعنى يبنى على اللزوم ، لما عرفت من أنّه لا معنى لجواز التّرادّ حينئذ ، لكن عرفت ما ينبغي أن يقال .

قوله رحمه الله : **تبعاً للمسالك .**

قال فيها : « لو تلفت احداهما خاصّة فقد صرّح جماعة بالاكتفاء به في تحقّق ملك الاخرى ، نظراً الى ما قدّمناه من جعل الباقي عوضاً عن التالف لتراضيهما على ذلك ، و يحتمل هنا العدم التفاتاً الى أصالة بقاء الملك لمالكه و عموم «الناس مسلطون على اموالهم» ، و الاوّل أقوى ، فانّ ـ الخ ».

و هذا كما ترى صريح في اختيار اللزوم بتلف احدى العينين ، و لذا قال في الجواهر : «لم أجد مخالفاً في لزومها و دخول الباقي في ملك من في يده بتلف احداهما ، نعم احتمل في المسالك العدم نظراً الى أصالة بقاء الملك لمالكه و عموم تسلّط الناس على اموالهم ، ثمّ حكم بأنّ اللزوم اقوى ـ انتهى» .

فلا يظهر الوجه في نسبة عدم اللزوم الى المسالك ، الاّ أن يكون مقصوده المتابعة في الاستدلال لا في القول .

قوله رحمه الله : **لاصالة بقاء سلطنة مالك العين.**

مقتضى ما ذكره سابقاً من الاستدلال على عدم اللزوم على تقدير القول بالاباحة بقاعدة تسلّط الناس على أموالهم الاستدلال بها هنا كما صنع في المسالك ، نعم يتوقّف ذلك على اثبات الملك بأصالة بقائه كما ذكر في المسالك ايضاً ، و لا حاجة في الرجوع الى أصالة بقاء السلطنة الثابتة للمالك على الرجوع قبل التلف .

قوله رحمه الله : **و فيه انّها معارضة .**

هذه المعارضة غير ظاهرة ، لامكان العمل بالاصلين معاً ، فيبنى على جواز رجوع مالك العين الموجودة بها و براءة ذمّته عن المثل و القيمة بحيث لا يجوز لمالك العين التالفة الرجوع عليه ببدلها ، الاّ أن يكون اجماع على الملازمة بين الحكمين.

هذا ، و لو بنى على التمسك بعموم السلطنة كما صنع في المسالك فلا معارضة لحكومة العموم المذكور على أصالة البراءة من الضمان ، نعم تقع المعارضة بين أصالة بقاء الملك لمالكه و بين الاصل المذكور ، و العموم لمّا لم يحرز موضوعه الاّ بالاصل كانت المعارضة في الحقيقة بين الاصلين لا غير .

قوله رحمه الله : **قبل تلف العين لم تكن .**

ان كان المراد من عدم كونها يد ضمان حينئذ انّها ليست عادية ، فالضمان قد لا يكون مع العدوان ، و ان كان المراد منه أنّها لا تستوجب الرجوع الى المثل أو القيمة بعد التلف ، فهذا معنى كونها ليست يد ضمان بعد التلف فلا يحسن جعله في قباله .

قوله رحمه الله : **و لا بعده اذا.**

يعني لا يجوز لصاحب العين التالفة المطالبة بالبدل في ظرف عدم رجوع صاحب العين الموجودة لعدم اشتغال ذمّته به ، و وجهه الاجماع على ما ذكره المصنف في ردّ بعض الاساطين كما تقدّم .

قوله رحمه الله : **من مقتضى اليد .**

اذ لو كان من مقتضاها لترتّب في الصورة السابقة بل هو من مقتضى الرجوع ، اللّهم الاّ أن يقال انّه من مقتضى اليد لكن بشرط الرجوع ، جمعاً بين عموم على اليد و الاجماع المتقدّم .

قوله رحمه الله : حاكمة على أصالة عدم الضمان.

هذه الحكومة غير ظاهرة، لأنّها موقوفة على كون الضمان المذكور من آثار السلطنة شرعاً و هو غير ظاهر، بل لو قلنا بأنّ الرجوع في المقام بمعنى الفسخ كان الاصل النافي للضمان حاكماً على أصالة بقاء السلطنة لامتناع الفسخ في ظرف عدم الضمان، اذ لا مجال لاعتباره حينئذ و من آثار انتفاء الشرط انتفاء المشروط.

قوله رحمه الله : **فلا أصل.**

يعني لا تجري أصالة عدم الضمان بالمسمّى و لا أصالة عدم الضمان بالمثل و القيمة للمعارضة بينهما، فلا معارض لاصالة بقاء السلطنة على الرجوع، و يشكل بأنّ الرجوع المقصود اثباته بالاصل المذكور ان كان المراد منه مجرّد الرجوع بالعين الموجودة بلا دفع بدل، فهو خلاف الاجماع كما عرفت، و ان كان المراد منه الرجوع مع دفع البدل فلا دليل على ملك هذا البدل، و مجرّد عدم جريان الاصل النافي لذلك البدل لا يكفي في استحقاقه، كما لا يكفى فيه مجرّد ثبوت السلطنة على العين الموجودة.

و على هذا فالرجوع بالعين الموجودة مع استحقاق بدل العين التالفة لا دليل عليه، و ان كان الجزء الاوّل ممّا اقتضاه الاصل لكن ما لم يثبت الجزء الثاني لا يجوز البناء عليه.

مضافاً الى أنّ أصالة عدم الضمان بالمسمّى راجعة الى أصالة بقاء الملك، فاذا سقطت بالمعارضة مع أصالة عدم الضمان بالبدل بقيت أصالة بقاء السلطنة بلا موضوع، فتأمّل جيّداً.

قوله رحمه الله : **أو القيمة، فتدبّر.**

اشارة الى ما عرفت من أنّ العموم المذكور ما لم يحرز موضوعه

لا يجوز التمسّك به ، و موضوعه و هو ملكيّة العين الموجودة مشكوك ، و أصالة بقاء الملكيّة معارض بما تقدّم من أصالة عدم الضمان بالمثل أو القيمة ، مع أنّ دلالة العموم المذكور على جواز أخذ بدل التالف موقوفة على ثبوت ملك البدل حتّى يدخل في موضوع العام ، و مجرّد ملك التالف لايجدي الاّ في اثبات جواز أخذه قبل التلف ، و أمّا أخذ بدله فيتوقّف على ثبوت الضمان ، كما لعلّه ظاهر .

هذا ، و التحقيق أن يقال في صورة تلف احدى العينين أمّا بناء على الملك فاللازم القول باللزوم لما عرفت من عمومات اللزوم الّتي يجب الاقتصار في الخروج عنها على القدر المتيقّن من الاجماع على الجواز و هو صورة وجود العينين معاً ، و فى غيرها يكون المرجع العموم لا الاستصحاب .

و أمّا بناء على الاباحة فيجوز رجوع مالك العين الموجودة بها ، لما تقدّم في تأسيس الاصل من قاعدة تسلّط الناس على أموالهم ، كما يجوز لمالك العين التالفة الرجوع ببدلها لقاعدة ضمان اليد ، و مجرّد الاباحة الشرعية لا يقتضي نفي الضمان ، لعدم التنافى بينهما بل الاباحة المالكية لو قيل بها في المقام لا تنافيه ، و انّما المنافي له الاباحة شرعية أو مالكية بقصد المجّانية ، و لكن لا دليل عليه ، فعموم الضمان باليد محكّم .

نعم لو تمّ الاجماع على عدم جواز رجوع مالك العين التالفة مع عدم رجوع مالك العين الموجودة تعيّن الخروج عن القاعدة حينئذ ، فاذا رجع مالك العين الموجودة بها جاز لمالك العين التالفة الرجوع ببدلها ، عملاً بالقاعدة المقتصر في الخروج عنها على القدر المتيقن.

هذا كلّه اذا لم يحتمل الملك بعد التلف ، أمّا مع احتماله كما هو المصرّح به في كلام جماعة ، تعيّن البناء عليه لعموم الصحة ، فانّ مقتضاه

الملك من حين المعاطاة ، فاذا وجب الخروج عنه بالاجماع على الاباحة اقتصر في ذلك على القدر المتيقّن و هو ما قبل زمان التلف ، و عند التلف يرجع الى العموم المقتضى للحكم حينئذ بالملك من أوّل الامر كما يتعيّن القول باللزوم حينئذ لادلّة اللزوم من دون معارض .

لو كان أحد العوضين ديناً في الذمّة

قوله رحمه الله : **لانّ الساقط لا يعود .**

لو قيل بأنّ الساقط يمكن أن يعود لم يجد ذلك في جواز الرجوع ، لأنّه يتوقّف على وجود السبب الموجب للعود ، و هو مفقود .

و دعوى أنّه مضمون بضمان المعاوضة نظير ضمان الراهن للعين المرهونة ، و لذا لو تقايلا جاز و رجع الدين الى ملك مالكه ، مدفوعة بأنّ ذلك يقتضي عدم سقوط الدين و بقاءه في ذمة المديون مضموناً عليه ، لكن حينئذ يصحّ أن يقال : القدر المتيقّن في الخروج عن أصالة اللزوم غير الفرض ، و فيه يرجع اليها لا غير .

قوله رحمه الله : **و الظاهر أن الحكم كذلك .**

فانّ الاباحة و ان لم تستوجب السقوط الاّ أنّ الظاهر أنّ مراد القائلين بها اباحة التصرفات الخارجية و الاعتبارية ، و هذا المعنى من الاباحة لا يتعلّق بما في الذمة ، فيتعيّن القول باللمك فيجري ما تقدّم .

حكم نقل العوضين أو أحدهما بعقد لازم

قوله رحمه الله : **لامتناع الترادّ.**

يعنى فيجيء فيه ما تقدّم في التلف بعينه .

قوله رحمه الله : **اذا قلنا باباحة التصرفات.**

يعنى فاذا نفذ التصرف امتنع الترادّ فيجيء ما تقدّم .

قوله رحمه‌الله : **لامكانه فيستصحب .**

قد يشكل بأنّ الترادّ لمّا كان متعذّراً قبل الفسخ كان جـوازه سـاقطاً ، فبعد الفسخ يستصحب سقوطه لا ثبوته ، الاّ أن يكون المراد استصحاب جواز الترادّ على تقدير امكانه بنحو الاستصحاب التعليقي ، و بعد الفسخ لمّا أمكن الترادّ يكون الجواز فعليّاً .

قوله رحمه‌الله : **بقول مطلق .**

يعني و لو بعد خروج العين عن ملك من انتقلت اليه ، لكن اذا ثبت ذلك لزم العـمل بـدليله لا بـالاستصحاب ، مـع أنّ الاسـتصحاب لا يـعارض عمومات اللزوم كما عرفت ، و لا سيما و انّ الاستصحاب التعليقي غير ثابت الحجيّة .

قوله رحمه‌الله : **غير ذلك .**

يعني الترادّ قبل خروج العين.

قوله رحمه‌الله : **فالموضوع غير محرز .**

هذا الكلام تقدّم نظيره في صدر المسألة و لو تمّ اقـتضى المـنع مـن جريان الاستصحاب كليّة ، اذ الشك في الحكم ينشأ من الشك في دخل الحالة السابقة المتغيّرة الى حالة اخرى ، فحينئذ يقال : ان قام الدليل على عموم الحكم للحال الاخـرى عـمل بـه لا بـالاستصحاب ، و الاّ امـتنع الاستصحاب لعدم احراز موضوعه ، لاحتمال دخل الخصوصية الفائتة فيه ، و يندفع بأنّ الموضوع المعتبر احرازه في صحّة الاستصحاب هـو الموضوع العرفى لا الشرعي ، و احتمال دخل الحالة الفائتة انّما يوجب عدم احراز الموضوع الشرعي لا العرفى .

مثلاً الماء المتغيّر بالنجاسة نجس فاذا زال تغيّره بنفسه و شك في بقاء

النجاسة للشك في دخل التغيّر فيها و عدمه جرى استصحاب النجاسة ، لانّ الموضوع العرفى للنجاسة هو الماء نفسه و هو باق ، و ان كان الموضوع الشرعي غير محرز .

و كأنّ مبنى هذا الاشكال انّ المرجع في تعيين موضوع الاستصحاب الدليل لا العرف ، و مع اجمال الدليل لايحرز موضوعه ، لكن المصنف قدس سره قد حقّق في رسالته أنّ المرجع العرف لا الدليل ، و ان كان كثير من كلماته في هذا الكتاب و فى الرسائل و غيرهما يوافق المقام ، فلاحظ .

قوله رحمه الله : **يكشف عن سبق الملك.**

يعني اذاكان التصرف موقوفاً على الملك كما سيشير الى ذلك ، أمّا في غيره فلا وجه لكشفه عن الملك ، الاّ اذا قلنا به في التلف لأنه نظيره .

قوله رحمه الله : **فلا دليل على زواله .**

يعني يكون المرجع حينئذ أصالة اللزوم .

قوله رحمه الله : **المقطوع بانتفائها .**

يعنى لانتفاء موضوعها ، لصيرورة العين ملكاً للمباح له ثمّ للمنقول اليه ، و مقتضى أصالة اللزوم لزومه لعدم المعارض .

قوله رحمه الله : **هو العقد الناقل .**

لا يظهر فرق بين كون الكاشف هو التصرف الناقل كما هو مبنى الاستدلال ، و بين كونه العقد الناقل كما هو مبنى الاستدراك المذكور ، اذ الفسخ انّما يكون للمفسوخ من حين الفسخ لا من أصله ، فالحدوث لا يرتفع و انّما المرتفع البقاء و الكاشف هو الحدوث لا غير ، فكأنّه يريد من الاستدراك أن يكون الفسخ وارداً على العقد من أصله على نحو يكون ارتفاعه موجباً لارتفاع المنكشف ، و هو الملكيّة .

قوله رحمه الله : **عاد الملك الى المالك الاوّل.**

لكن العود لايجدي في جواز الرجوع الاّ بناء على التمسك بقاعدة السلطنة ، أمّا بناء على ما ذكره من التمسك بأصالة بقاء السلطنة فلا يجدي لارتفاع السلطنة بارتفاع موضوعها ، فالمرجع استصحاب عدمها ، الاّ أن يكون بنحو الاستصحاب التعليقي الّذي تقدّم الاشكال فيه .

قوله رحمه الله : **لم يكن لمالك العين .**

لانّ جواز الترادّ من الاحكام المجعولة لكلّ منهما ، فمع ثبوت موضوعه يثبت و مع ارتفاعه يرتفع ، و لا دليل على ثبوت جواز الزام المتصرّف بالرجوع أو رجوعه بنفسه ، نعم لو كان من الحقوق أمكن ذلك ، بل أمكن منعه من أصل التصرف على اختلاف كيفية جعله .

قوله رحمه الله : **كاشفة عن سبق .**

يعني فلا معنى للسلطنة على الغير أو ماله .

قوله رحمه الله : **اتّجه الحكم بجواز الترادّ.**

بل هو غير ظاهر ، لاختصاص الرجوع في الهبة بالواهب عن نفسه و هو هنا المتصرّف ، مع أنّه لازمه عدم جواز رجوع الواهب .

هذا ، مضافاً الى ما عرفت من أنّ اللزوم على القول بالاباحة مساوق للملك عند التصرف ، فاذا شك فيه كان مقتضى عموم الصحة و اللزوم اللزوم و ارتفاع الجواز .

لو باع العين ثالث فضولاً

قوله رحمه الله : **نفذ بغير اشكال .**

لقاعدة السلطنة ، و كأنّ وجه الاشكال في اجازة المالك الاوّل هو وجه الاشكال في صحّة التصرفات الموقوفة على الملك اذا صدرت من غير المالك .

و من ذلك يظهر انعكاس الحكم اشكالاً و وضوحاً على القول بالاباحة ، فانّ اجازة المبيح اجازة من المالك و اجازة المباح له اجازة من غير المالك مع توقّفها على الملك .

قوله رحمه الله : **و لكلّ منهما ردّه .**

لانّ من له الاجازة له الرد فيكون ردّه رجوعاً في المعاطاة فترجع العين اليه ، و حينئذ لا تصحّ اجازة الآخر لأنها من غير المالك .

قوله رحمه الله : **لغى الرجوع .**

لأنه رجوع بعد التصرف الملزم .

قوله رحمه الله : **لانّه رجوع .**

هذا خلاف فرض الكشف ، نعم لو كان المراد من الكشف غير الحقيقي كان الاحتمال متعيّناً و لغت الاجازة ، لأنها من غير المالك .

لو امتزجت العينان أو احداهما

قوله رحمه الله : **لامتناع التَرادّ.**

لانّ المأخوذ بالمعاطاة كان معيّناً و بالامتزاج صار مشاعاً ، فلا يمكن ردّ العين.

قوله رحمه الله : **و هو ضعيف.**

لما عرفت .

فان قلت : المشاع عين المعين كما يقتضيه مقايسة باب الشركة بباب القسمة ، حيث أنّها على العكس من القسمة ، فانّ في الشركة يصير المعيّن مشاعاً و في القسمة بالعكس فيكون المشاع معيّناً ، و لذا ذكروا في تعريف القسمة أنّها تمييز الحقوق ، فالفرق بين المعيّن و المشاع نظير الفرق بين الفرد و الكلي .

قلت : لو سلّم ذلك لا ينافي المغايرة في الجملة الموجبة للشك في جواز الترادّ الموجب للرجوع الى أصالة اللزوم ، نعم على القول بالاباحة لمّا كان الاصل يقتضي بقاء الجواز ، كما ذكر المصنف في صدر التنبيه ، تعيّن البناء على جواز الرجوع و صيرورة المالك شريكاً .

هذا ، و لاجل ما عرفت من أنّ التحقيق أنّ الاصل على القول بالاباحة اللزوم ايضاً ، فلا فرق بين القولين.

قوله رحمه الله : **ملحقاً له بالاتلاف .**

كما اذا كان مزجا بغير الجنس و لم يوجب زيادة في المالية ، كما اذا خلط مقداراً من ماء الورد بالزيت ، على ما مثّل له المصنف في خيار الغبن، فانّه يعدّ تالفاً ، و يكون المازج ضامناً للمثل اذا كان غير مالك .

قوله رحمه الله : **فلا لزوم على القول بالاباحة.**

علّله في المسالك بأصالة بقاء الملك ، و حكى عن بعض الاصحاب الجزم باللزوم و علّله بامتناع التراد ، ثمّ قال رحمه الله : « و عندي فيه اشكال ـ انتهى ».

أقول : ينبغي ابتناء اللزوم و عدمه على ما عرفت من الاصل ، فعلى ما ذكره المصنف لا لزوم ، و على التحقيق يبنى على اللزوم .

قوله رحمه الله : **عرفي أو حقيقي .**

لا ريب في أنّه عرفي لا حقيقي ، و لذا لو كانت الحنطة أو الثوب نجسين ثمّ طحنت الحنطة و فصل الثوب جرى استصحاب النجاسة ، و لا مجال للرجوع الى أصالة الطهارة ، لكن لا وجه للعمل بالاستصحاب في المقام ، بعد ما عرفت من أنّ الرجوع عند الشك في بقاء الجواز و ارتفاعه الى أصالة اللزوم .

موت أحد المتعاطيين

قوله رحمه الله : **نظير الفسخ في العقود .**

يعني جواز الفسخ في العقود اللازمة من الحقوق ، و لذا يورث و يسقط بالاسقاط ، و الجواز هنا ليس كذلك بل هو من الاحكام ، فلا يسقط بالاسقاط و لا يورث ، على ما عرفت فيما سبق من المائز بين الحق و الحكم ، لعدم الدليل على ذلك و الاصل يقتضي العدم ، لاصالة عدم ارثه و عدم سقوطه بالاسقاط .

قوله رحمه الله : **نظير الرجوع في الهبة .**

فانّه من الاحكام ، كما يقتضيه الاصل .

قوله رحمه الله : **نظير الرجوع في اباحة الطعام.**

ظاهره أنّ الاباحة على تقدير القول بها مالكيّة ، و قد عرفت اشكاله لعدم انشاء المالك لها ، بل الظاهر أنّها شرعية مستندها الاجماع ، فلا مانع من البناء على ثبوتها مع كراهة المالك الباطنة ، لولا أنّها خلاف الاصل فيقتصر فيها على القدر المتيقن، و هو غير حال الكراهة .

قوله رحمه الله : **و لا يجري الاستصحاب .**

اذ لا يقين بالحدوث بالاضافة الى الوارث و انّما كان الحدوث بالاضافة الى الميت ، فالمرجع بالاضافة الى الوارث أصالة اللزوم ، بل عرفت أنّها المرجع و لو مع امكان الاستصحاب و اجتماع اركانه .

هذا ، و يظهر من المصنف رحمه الله أنّه على القول بالاباحة يجوز للوارث الرجوع ، لكن عرفت أنّه مع احتمال حدوث الملكيّة عند الموت يرجع الى عمومات الصحة و اللزوم المقتضية لذلك و لا اجماع في المقام على خلافها ، فلا فرق بين القولين من هذه الجهة .

قوله رحمه الله : **فالظاهر قيام وليّه مقامه .**

هذا يتوقّف على جواز الرجوع للـمجنون ليـقوم وليّـه مـقامه ، لكـن لا دليل عليه ، فالمرجع بناء على الملك أصالة اللزوم على ما تقدّم منه رحمه الله في تأسيس الاصل .

نعم بناء على الاباحة و على أنّ المرجع عند الشك عـموم السـلطنة المتقضي للجواز ، على ما تقدّم منه ، يجوز للولي الرجوع ، لكن عرفت أنّ مقتضى عموم الصحة ثبوت المـلكيّة حـينئذ ، كـما أنّ مـقتضى أصـالة اللزوم اللزوم ، فلاحظ .

٧ ـ جريان الخيارات المصطلحة في المعاطاة

قوله رحمه الله : **ذكر في المسالك وجهين .**

قال في المسالك : « الثامن : على تقدير لزومها بأحد الوجوه المذكورة فهل تصير بيعاً أو معاوضة برأسها ، يحتمل الاوّل ـ الخ» .

قوله رحمه الله : **بيعاً بعد التلف أو معاوضة مستقلة.**

ظاهره كون نفس البيع أو المعاوضة واقعاً بعد التلف ، فيكون التالف أحد العوضين، لكن عرفت آنفاً أنّ التالف لا يقبل العوضية مع أنّ الالتزام بذلك بلا ملزم، فلا يبعد أن يكون المراد أنّه بعد التلف يحكم بكونها بيعاً قبل التلف ، فيكون التالف تالفاً من ملك من تلف في يده ، فيكون التلف شرطاً للحكم بالبيع قبله لا أنّه شرط لنفس البيع ، بـل مـقتضى العـموم الحكم بتحقّق البيع من أوّل الامر ، فالتلف نظير الاجازة عـلى الكشـف المشهوري لا كالاجازة على النقل .

قوله رحمه الله : **لانّ المعاوضات محصورة.**

ان كـان المـعيار فـي تـعيين كـونها بـيعاً أو مـعاوضة بـرأسـها قـصد

المتعاطيين تعيّن كونها بيعاً و ان كانت المعاوضات غير محصورة ، و ان كان جعل الشارع فلا بدّ من ملاحظة دليلها ليتعيّن ما هو المستفاد منه ، فاذا دلّ على كونها معاوضة مستقلّة تعيّن العمل به ، و حصر المعاوضات لو تمّ فانّما هو لعدم الدليل على غيرها ، و مجرّد ذلك لا يوجب رفع اليد عن الدليل اذا دلّ على ثبوت غيرها ، مع أنّ دعوى انّ مفاده غير المعاوضات المحصورة غير ظاهر .

و من ذلك تعرف الاشكال في قوله ﴿رَحِمَهُ ٱللَّهُ﴾ : و كونها معاوضة ـ الخ ، مع أنّ كونها بيعاً ايضاً يحتاج الى دليل .

قوله ﴿رَحِمَهُ ٱللَّهُ﴾ : **فكيف يصير بيعاً .**

قد عرفت في التنبيه السادس الوجه في كونها بيعاً بعد التلف ، و انّه مقتضى عموم صحة البيع و نفوذه المقتصر في الخروج عنه على المتيقن، و هو ما قبل التلف .

قوله ﴿رَحِمَهُ ٱللَّهُ﴾ : **لو كان التالف الثمن .**

أمّا لو كان التالف الحيوان انفسخت المعاملة ، بناء على ثبوت الخيار من حين المعاطاة ، لانّ التلف في زمان الخيار ممّن لا خيار له ، و كذا بناء على ثبوته من حين التلف ، لانّ موضوع المعاوضة حينئذ ان كان هو البدل أعني القيمة فليست بحيوان ، و ان كان نفس الحيوان التالف فلا دليل على ثبوت الخيار في مثله لاختصاص الدليل بغيره .

قوله ﴿رَحِمَهُ ٱللَّهُ﴾ : **و على تقدير ثبوته .**

يعني بأن يختار كونها بيعاً .

قوله ﴿رَحِمَهُ ٱللَّهُ﴾ : **و الثاني بأن التصرف ليس معاوضة .**

كان المناسب أن يقول : و يشكل الثاني بأنّ التصرف لا يكون بيعاً .

قوله ﴿رَحِمَهُ ٱللَّهُ﴾ : **و التلف تمامه.**

قد عرفت أنّ مقتضى الجمع بين الادلّـة كـون التـلف شـرطاً للـحكم بتحقق البيع من أوّل الامر .

قوله رحمه الله : **بناء على أنها .**

لم يتّضح هذا الابتناء مع أنّه خلاف اطـلاق أدلّـة الخـيار المـذكور ، و سيجيء ان شاء اللّه تعالى امكان اجتماع الخيارين المحقّقين فضلاً عن غيرهما .

نعم دليله يختص بالبيع فثبوته في المقام يتوقّف على كون المعاطاة بيعاً و كذا خيار المجلس ، و الفرق بينهما غير ظاهر .

قوله رحمه الله : **على التقديرين .**

لعموم دليلهما لهما معاً ، كما سيأتي ان شاء اللّه تعالى في محلّه .

قوله رحمه الله : **و قد تقدم أنّ الجواز هنا.**

يعني فلا يثبت فيه الخيار المذكور ، لكون الجواز فيه حكميّاً لا حقيّاً من قبيل الخيار .

قوله رحمه الله : **يترتّب عليه أحكام البيع .**

على ما عرفت .

قوله رحمه الله : **وكونها معاوضة قبل اللزوم .**

يعني انّ قوله : جائزة أو لازمة ، ليس للترديد ، لأنّه لا اشكال عنده في جوازها قبل الملزمات و فى لزومها بعدها بل هو للتقسيم بلحاظ الزمان ، يعني جائزة قبل الملزمات و لازمة بعدها ، و المـراد بكـونها مـعاوضة جائزة قبل الملزمات أنّ فيها تعاوضاً في الابـاحة ، لكـن عـلى هـذا اذا صارت لازمة بالملزمات تكون معاوضة في الاباحة لازمة ، لا أنّها توجب حدوث الملك عند تحقق أحد الملزمات .

اللّهم الّا أن يكون مقصوده أنّها تكون معاوضة بين العـينين فـتوجب

الملك كما يظهر منهم التسالم عليه، و لو لم يتمّ ذلك في كلامه أشكل الحال ايضاً في كلام غيره ممّن قال بالاباحة، فانّهم عبّروا ايضاً باللزوم بالتلف و غيره من الملزمات، و الجمود على التعبير المذكور ايضاً يقتضي كون المراد لزوم الاباحة لا حدوث الملك، و لعلّه الى هذا أشار بقوله، فافهم.

٨ ـ العقد الفاقد لبعض شرائط الصيغة هل يرجع الى المعاطاة أم لا؟

قوله رحمه الله: **امّا اذا حصل بالقول.**

المناسب لما يأتي ابدال شرائط اللزوم بشرائط الصحة، بل العقد الفاقد لشرائط اللزوم فقط ممّا لا كلام في أنّه يترتّب عليه أثر العقد الجائز دون أحكام المعاطاة، كما أنّ المناسب لما يحكيه من عبارة الروضة التعميم للقول غير الجامع للشرائط و غيره من الافعال غير القبض كالاشارة و الكتابة و غيرهما، بل كذلك عبارة صيغ العقود الآتية لاطلاقها.

قوله رحمه الله: **و في الروضة في مقام عدم كفاية الاشارة.**

هذه العبارة مختصّة ببعض صور المسألة.

قوله رحمه الله: **و ربّما يجمع بين هذا الكلام.**

الجامع السيد رحمه الله في مفتاح الكرامة، ذكره في مبحث المقبوض بالعقد الفاسد، و محصّل الجمع أنّ ما ذكروه في حكم المقبوض بالعقد الفاسد مختصّ بصورة تقييد الاذن بالتصرّف بصحة المعاملة فلا رضى الاّ على تقدير الصحة، و ما ذكروه من اجراء حكم المعاطاة مختصّ بصورة تحقّق الاذن بالتصرف على كلّ من تقديري صحّة المعاملة و فسادها، امّا لكون انشاء الاذن الحاصل مقارناً لانشاء التمليك كان على نحو تعدّد

المطلوب أو لحدوث الرضى بالتصرف بعد علمهما بالفساد ، فيكون جواز التصرف مستنداً الى الرضى الحادث المستمر الى حين القبض و التصرف .

قوله رحمه الله : **المفروض أنّ الصيغة .**

حاصله أنّ الاذن بالتصرف انّما انشأت في ضمن انشاء التمليك ، فاذا فرض فساد العقد و انتفاء التمليك تعيّن البناء على انتفاء الاذن لانتفاء المقيّد بانتفاء قيده ، و يشكل بعد ظهور الفرق بين ما نحن فيه و بين موارد تعدّد المطلوب في الانشائيات ، مثل باب تبعّض الصفقة ، و باب خيار تخلّف الوصف ، و خيار الرؤية ، و خيار العيب و غيرها ، مع بناء المصنف رحمه الله و غيره على صحّة العقد في الموارد المذكورة ، و لا يتمّ ذلك الاّ بالبناء على تعدّد المطلوب في الانشائيات .

فالعمدة اذاً في الاشكال على الجمع المذكور انّه لا وجه لدعوى انشاء الاذن بالتصرف في ضمن انشاء التمليك ، اذ في ظرف التمليك لا معنى للاذن في التصرف ، فانّ تصرف المالك في ملكه لا يتوقّف على اذن غيره فيه .

نعم يمكن انشاء الاذن بالتصرف على تقدير عدم تحقق الملك ، لكنّه لو تمّ لم يرتبط بالجمع المذكور ، و لا يمكن حمل كلام المحقق و الشهيد الثانيين عليه ، لابائه عن ذلك .

قوله رحمه الله : **و منه يعلم فساد .**

فانّ ما ذكر خارج عن مورد كلامهما .

قوله رحمه الله : **من دون ملاحظة .**

بل حتّى مع ملاحظة ذلك لا يكون معاطاة ، لما عرفت و يأتي من اختصاص المعاطاة في كلامهم بصورة قصد المتعاطيين معنى البيع .

قوله رحمه الله : **و لا يكفي فيه عدم العلم .**

هذا غير ظاهر لامكان اثبات الاباحة بالاستصحاب ، و كذا الحال في الاذن الحاصل من شاهد الحال .

قوله رحمه الله : **فهذا ليس الاّ التراضي السابق .**

هذا غير ظاهر ، لكون المفروض كونه انشائياً حادثاً بعد العقد المعلوم فساده لدى المتعاقدين ، فكيف يكون نفس التراضي السابق المنشأ بالعقد الفاسد ، و سيجيء منه قدس سره الاعتراف بذلك .

قوله رحمه الله : **لا على وجه المعاوضة .**

الظاهر زيادة حرف النفي ، لانّ المفروض أنّ المعاطاة على وجه المعاوضة ، و قد تقدم منه قدس سره أنّها متقوّمة بقصد المعاوضة .

تفصيل الكلام فيه

قوله رحمه الله : **فلا اشكال في حرمة .**

لانتفاء طيب النفس المشروط جواز التصرف به .

قوله رحمه الله : **جهة تقييدية .**

لانّ الظاهر من قوله عليه السلام : « لا يحل مال امرء مسلم ـ الخ »[1] ، اعتبار طيب نفس المالك بالتصرف بما أنّه ماله و هو مالكه ، و لا يكفي طيب نفس المالك بالتصرف بما أنّه أجنبي عن المال .

قوله رحمه الله : **و لعلّه لصدق طيب النفس .**

هذا غير ظاهر ، لانّ طيب النفس كغيره من أفعالها يتوقّف على حضور الصورة ، و كما أنّ الارادة و الكراهة تتوقّفان على ذلك كذلك طيب النفس .

---

١ ـ الكافي ٧:٢٧٣، الفقيه ٤:٦٦، عنهما الوسائل ٥:١٢٠.

نعم قد يقال بأنّ ظاهر الحديث الشريف و نحوه اعتبار مقارنة التصرف للرضى، و لازمه أنّه مع غفلة الاذن بعد الاذن لايجوز التصرف، و هو ممّا لايمكن الالتزام به، فلا بدّ امّا من رفع اليد عن اعتبار المقارنة، و امّا من البناء على كفاية الطيب الشأني، بحيث لو التفت الى فعل غيره لرضي، و الاخير هو المتعيّن، اذ لو بني على الاوّل لزم جواز التصرف بمجرّد تحقّق الاذن آناًما و لو نهى عن التصرف بعدها، و هو كما ترى، فيتعيّن البناء على الثاني، و لا يبعد كونه الموافق لسيرة المتشرعة، فانّ بناءهم على التصرف بمجرّد احراز الرضى الشأني، و قد أشرنا الى ذلك في مبحث المكان من كتابنا مستمسك العروة الوثقى [1].

لكن ذلك يختصّ بالتصرفات الخارجية مثل أكله و شربه و لبسه و نحوها، كما هو مورد الحديث ظاهراً، و لا يطرد في التصرفات الاعتبارية مثل بيعه و رهنه و اجارته، فلو باع مال غيره بلا اذن منه لكن كان بحيث لو التفت لاذن لم يصحّ البيع بل يلحقه حكم الفضولي، كما سيأتي ان شاء اللّه في مبحث الفضولي.

قوله رحمه الله: **و من أنّ الظاهر انّ عنوان التعاطي.**

هذا غير ظاهر كما تقدم منه رحمه الله في رد صاحب الجواهر، و في استدلاله على الصحة بمثل: «اَحَلَّ اللّٰهُ الْبَيْعَ» [2] و نحوه و في غير ذلك، فراجع.

و ما ذكر من الامثلة قد تقدّم في التنبيه الثاني احتمال كونه من قبيل: أعتق عبدك عني، ممّا كان راجعاً الى تولية الغير لايقاع المعاملة بين نفسه و صاحب المال.

---

١ ـ مستمسك العروة الوثقى ٥: ٤١٤.

٢ ـ البقرة: ٢٧٤.

قوله رحمه الله : **و هذا ليس ببعيد على القول بالاباحة.**

هذا بالنظر الى القواعد لحصول الرضى الكافي في جواز التصرف ، ولكن كونه من المعاطاة بعيد لما عرفت ، و اللّه سبحانه ولي التوفيق ، و هو حسبنا و نعم الوكيل .

الكلام في عقد البيع
اعتبار اللفظ في العقود

اشارة الاخرس و حكمها

قوله رحمه الله :**لا اشكال و لا خلاف في عدم اعتبار اللفظ .**

يقتضي ذلك عمومات الصحة و النفوذ .

قوله رحمه الله :**هو الاصل .**

لاصالة عدم ترتّب الاثر بدونه ، اللّهم الّا أن يكون مراد القائل من أصالة عدم الوجوب أصالة الاطلاق و العموم في أدلّة النفوذ الحاكم على أصالة عدم ترتّب الاثر ، و لاجل ذلك لا يحتاج في اثبات عدم الاشتراط الى التمسك بالفحوى الآتية .

قوله رحمه الله :**بل لفحوى ما ورد .**

فانّ اهتمام الشارع الاقدس في الفروج أشدّ منه في الاموال ، فاذا صحّ الطلاق بالاشارة مع القدرة على التوكيل صحّ بيعه بها ايضاً حينئذ ، لكن كون الاولوية المذكورة قطعيّة غير واضح .

قوله رحمه الله : **صورة قدرة المتبايعين .**

فمع عدم القدرة على اللفظ يكون المورد خارجاً عن القدر المتيقن خروجه عن الاصل ، فيتعيّن الرجوع فيه الى الاصل المذكور المقتضي للزوم معاطاة الاخرس .

هذا ، و لكن الكلام في عقد الاخرس و بيعه لا في معاطاته ، و الاّ فلا يظهر الفرق عندهم بين معاطاته و معاطاة غيره في الاحكام .

قوله رحمه الله : و الظاهر ايضاً كفاية الكتابة .

لا فرق بين الكتابة و الاشارة فيما تقدّم .

قوله رحمه الله : لفحوى ما ورد من النصّ.

في صحيح البزنطي أنّه سأل أبا الحسن الرضا عليه السلام عن الرجل تكون عنده المرأة يصمت فلا يتكلّم ، قال عليه السلام : « أخرس هو ؟ قلت : نعم ، و يعلم منه بغض لامرأته و كراهة لها أيجوز أن يطلق عنه وليّه ؟ قال عليه السلام : لا ، و لكن يكتبه و يشهد على ذلك ، قلت : فانّه لا يكتب و لا يسمع كيف يطلقها ؟ قال عليه السلام : بالّذي يعرف به من أفعاله مثل ما ذكرت من كراهته و بغضه لها »[١]، و نحوه خبر يونس[٢].

بل في صحيح الثمالي : « سألت أبا جعفر عليه السلام عن رجل قال لرجل : اكتب يا فلان الى امرأتي بطلاقها أو اكتب الى عبدي بعتقه يكون ذلك طلاقاً أو عتقاً ؟ قال عليه السلام : لا يكون ذلك طلاقاً و لا عتقاً حتّى ينطق به لسانه أو يخطّه بيده ـ الحديث »[٣].

---

١ ـ الكافي ٦:١٢٨، الفقيه ٣:٣٣٣، التهذيب ٨:٧٤، الاستبصار ٣:٣٠١، عنهم الوسائل ٢٢:٤٧.

٢ ـ عن يونس في رجل اخرس كتب في الارض بطلاق امرأته ، قال : اذا فعل ذلك في قبل الطهر بشهود و فهم عنه كما يفهم عن مثله، و يريد الطلاق ، جاز طلاقه على السنة (الكافي ٦:١٢٨، التهذيب ٨:٧٤و ٩٢، الاستبصار ٣:٣٠١، عنهم الوسائل ٢٢:٤٨).

و عن السكوني ، عن الصادق عليه السلام قال : طلاق الاخرس أن يأخذ مقنعتها فيضعها على رأسها و يعتزلها ، (الكافي ٦:١٢٨، التهذيب ٨:٧٤، الاستبصار ٣:٣٠١، عنهم الوسائل ٢٢:٤٧) .

و عن ابان بن عثمان قال : سألت ابا عبدالله عليه السلام عن طلاق الخرساء ، قال : يلف قناعها على رأسها و يجذبه ، (الكافي ٦:١٢٨، عنه الوسائل ٢٢:٤٧).

٣ ـ الكافي ٦:٦٤ ، التهذيب ٨:٣٨، الفقيه ٣:٣٢٥، عنهم الوسائل ٢٢:٣٧.

و نسب القول به الى ابني البراج و حمزة و النهاية ، لكنّه مع حكـاية الاجماع من غيرهم على خلافه معارض بـغيره مـمّا دلّ عـلى أنّـه ليس بشيء حتّى ينطق به أو حتّى يتكلّم به .

هذا ، و قد عرفت الاشكال في الفحوى .

قوله رحمه الله : **و في بعض روايات الطلاق.**

هو صحيح البزنطي المتقدم .

بحث في مادة الصيغة و هيئتها و ترتيبها

قوله رحمه الله : **رجوع عمّا بنى عليه .**

هذا غير ظاهر ، اذ الانشاء انّما كان بالاقوال و كذا الافهام و ان كان هو بملاحظة القرينة ، فالقرينة الحالية ما كان بها انشاء و لا افهام و ان كانت دخيلة فيه .

قوله رحمه الله : **و لذا لم يجوّزوا العقد .**

الفرق بين المقامين ظاهر ، اذ الّذي لم يجوّزوه عقداً هو الانشاء بالفعل المقرون بالقرينة ، و ما نحن فيه يكـون الانشـاء بـاللفظ المـفهم للـمراد بملاحظة القرينة ، فلا مجال لقياس أحدهما بالاخر .

قوله رحمه الله : **الاستدلال المتقدم في عبارة التذكرة .**

حمل الاستدلال المذكور على ما ذكره رحمه الله بعيد جدّاً ، بل الاقـرب حمله على ارادة الكنايات غير المقرونة بالقرينة ، و ذلك ايضاً هو المراد ممّن منع الانشاء بالمجازات ، يعني ما لم تكن مقرونة بـالقرينة ، و لعـلّ الجمع بذلك بين كلماتهم أولى ممّا تقدم ، فالمراد من الصريح ما لا قصور في دلالته على المراد و لو بالقرينة ، و من الكناية و المجاز ما لا يكـون كذلك .

قوله رحمه الله : **ما لم يقصد الملزوم .**

قصد المتكلم للملزوم لا دخل له في الدلالة ، فالعبارة لا تخلو من مسامحة .

قوله رحمه الله : **و المفروض على ما تقرّر في مسألة المعاطاة.**

قد تقدّم الاشكال في هذه المقايسة .

هل العقود أسباب شرعية توقيفية ؟

قوله رحمه الله : **فلا يجوز بلفظ الهبة .**

عدم جواز ايقاع النكاح بلفظ الهبة و نحوها لا يقتضي وجوب ايقاعه بألفاظ العناوين المعتبر بها عنه ، فانّ عمومات الصحة و النفوذ اذا كانت تقتضي صحّة انشاء البيع و غيره من عناوين المعاملات بالمعاطاة الّتي هي ليست من سنخ الالفاظ و الاقوال بل من الافعال فكيف لا تقتضي صحّة انشائها بألفاظ الكناية أو المجاز أو المشترك اللفظي أو المعنوي كي يصحّ ما ذكره الفخر و غيره رحمهم الله من لزوم الانشاء بصيغة مخصوصة و وجوب الاقتصار على القدر المتيقن.

فالتحقيق انّ الاجماع على اعتبار اللفظ في اللزوم انّما قام على اعتبار مطلق اللفظ في مقابل الفعل ، لانّ ذلك هو القدر المتيقّن منه ، فيرجع في كلّ لفظ شك في جواز الانشاء به الى العمومات المذكورة .

نعم المجازات البعيدة المستبشعة يشكل الرجوع في صحّة الانشاء بها الى العمومات ، لعدم كون انشائها بها منشأ انتزاع تلك العناوين في نظر العرف و لا تعدّ عندهم آلة لانشائها ، و مثل ذلك مانع من الرجوع الى العمومات بعد تنزيلها على العناوين العرفية .

أمّا غير ذلك ممّا لا يكون ملغى في نظر العرف يتعيّن البناء على صحة

الانشاء به ،من غير فرق بين ما كان حقيقة و مجازاً و كناية و مشتركاً لفظيّاً و معنويّاً ،عملاً بالعمومات و الاطلاقات المقتضية للصحة و النفوذ من غير مخصّص أو مقيّد ظاهر ، اذ لا منشأ لتوهّم التقييد أو التخصيص الاّ توهّم دعوى الاجماع على اعتبار لفظ خاصّ ، لكنّها ممنوعة و الكلمات المتقدّمة شاهد المنع ، لا أقلّ من عدم ثبوت الاجماع الموجب للرجوع الى القواعد العامة المقتضية للصحة و النفوذ ، فلاحظ .

قوله رحمه الله : **و على هذا فالضابط .**

قد عرفت ما هو الضابط .

قوله رحمه الله : **رجوع الى عدم اعتبار افادة المقاصد.**

قد عرفت الاشكال فيه .

قوله رحمه الله : **ليس من جنسه .**

لا يبعد حمله على ما ذكرنا ، ممّا كان استعمال اللفظ في المعنى المنشأ من المجازات المستبشعة ، و الاّ ففيه الاشكال المتقدّم كالاشكال في ظاهر كلام المسالك و الكنز و نحوهما ممّا يرجع الى تقييد أدلّة النفوذ و الصحة من دون مقيّد ظاهر .

بحث في ألفاظ الايجاب

قوله رحمه الله : **تغنيها عن القرينة .**

يعني فيخرج عن حكم المشترك اللفظي الّذي تقدّم الاشكال فيه .

قوله رحمه الله : **و لا يخلو عن وجه .**

بناء على ما سبق منه ، من جواز الانشاء بالمجاز اذا كان الاعتماد على القرينة اللفظية و عدمه مع الاعتماد على غيرها هو التفصيل في جواز الانشاء بلفظ « شريت » ، بعد البناء على عدم ظهوره في البيع بين أن تكون

القرينة على ارادة البيع لفظية فيجوز و غيرها فلا يجوز .

قوله رحمه الله : **هو المرادف للبيع .**

قد عرفت في البحث عن تعريف البيع الاشكال في ذلك .

قوله رحمه الله : **بلفظ غيره مع النية.**

هذا يتمّ بالنسبة الى انشاء المصالحة به ، لانّ الصلح ليس تمليكاً ، أمّا بالنسبة الى انشاء الهبة به فغير ظاهر ، لانّ الهبة ايضاً تمليك ، غاية الامر أنّها تمليك مجاني ، يعني ما لوحظ فيها شيء عوضاً عن العين ، حتّى لو كانت الهبة معوّضة ، فانّ العوض فيها انّما لوحظ عوضاً عن التمليك لا عن العين المملّكة ، فانشاء الهبة بلفظ التمليك ليس من قبيل انشاء عقد بلفظ غيره بل هو بلفظ نفسه .

اللّهم الّا أن يكون نظره الى قيد التمليك ، أعني مدخول باء العوض ، فانّه ظاهر في كونه عوضاً عن العين ، و المقصود منه في انشاء الهبة كونه عوضاً عن نفس الهبة .

قوله رحمه الله : **و أمّا الايجاب بـ«اشتريت» .**

انشاء الايجاب بـ«اشتريت» تارة يكون من قبيل انشاء الايجاب من القابل ، نظير انشاء التزويج من الزوج بقوله : تزوّجتك ، فتقول الزوجة : قبلت ، و انشاء الرهن من المرتهن بقوله : ارتهنت مالك ، فيقول الراهن : قبلت ، و نظيره قول المشتري للبايع : ابتعت مالك بكذا أو تملّكته بكذا ، فيقول البائع : قبلت ، و سيأتي في مسألة تقديم القبول على الايجاب أنّه لا بأس به .

و على هذا فالمبيع مال القابل و هو المعوّض عنه ، و الثمن مال الموجب و هو العوض ، فيكون المشتري هو الموجب و البائع هو القابل ، و الظاهر أنّ هذا خارج عن محط كلام المصنف رحمه الله .

و اخرى يكـون «اشـتريت» مسـتعملاً بـمعنى بـعت ، فـيتعلّق بـمال الموجب و يكون هو المعوّض عنه ، و العوض مال القابل و هو مدخول باء المعاوضة ، بأن يقول : اشتريت مالي بـمالك ، بـمعنى : بـعت مـالي بمالك ، و الظاهر أنّ هذا هو محطّ كلام المصنف رحمه الله ، و ينبغي أن يكون جواز الايجاب به مبنيّاً عـلى جـواز الايـجاب بـالمجاز ، لانّ اسـتعمال اشتريت بمعنى بعت و شريت مجاز .

قوله رحمه الله : **و فيه اشكال.**

كأنّ وجهه ظهور كلماتهم في عموم المنع لذلك .

بحث في ألفاظ القبول

قوله رحمه الله : **و اشتريت و شريت .**

الاوّل مأخوذ من شريت بمعنى بعت ، و الثاني مأخوذ من شريت مقابل بعت .

قوله رحمه الله : **و شبهها وجهان .**

أقواهما الانعقاد بها كما في رضيت ، لاشتراك الجميع في افادة القبول بالايجاب المقوم لمفهوم القبول ، و استعمالها ايقاعاً مستقلاً في بعض المقامات في قبال جزئي العقد كما في الفضولي و عقد المكره غير قادح لاطلاق دليل النفوذ بها .

الاختلاف في تعيين الموجب و القابل

قوله رحمه الله : **بالالفاظ المشتركة .**

و كذا لو كان بالالفاظ المختصّة مع الاختلاف في المتقدّم .

قوله رحمه الله : **ثمّ اختلفا في تعيين الموجب .**

كما لو كان اختلاف في الآثار الشرعية بين الموجب و القابل .

قوله رحمه الله : **فلا يبعد الحكم بالتحالف .**

هذا اذا كان الاثر الشرعي مترتّباً على كلّ من الدعويين، كما لو كان كلّ من العوضين حيواناً و بني على اختصاص خيار الحيوان بالمشتري ، كما لو بيع الفرس بحمار فادّعى من انتقل اليه الفرس أنّه المشتري و أنّ له الخيار ، و كذا ادّعى من انتقل اليه الحمار ، فتأمل .

أمّا لو كان مترتّباً على احداهما دون الاخرى ، كما لو كان أحد العوضين حيواناً و الآخر ثوباً فادّعى من انتقل اليه الحيوان أنّه اشتراه بالثوب ليكون له الخيار ، و قال من انتقل اليه الثوب : أنا اشتريت الثوب به و أنت بعت الثوب بالحيوان ، فالحيوان ثمن لا مبيع فلا خيار لك ، فالقول قول الثاني و عليه اليمين لاصالة عدم الخيار .

الكلام في شروط العقد

١ ـ اعتبار العربية في العقد

قوله رحمه الله : **و لانّ عدم صحّته .**

هذا الاستدلال منقول عن تعليق الارشاد .

قوله رحمه الله : **و في الوجهين ما لا يخفى .**

اذ التأسي انّما يقتضي الصحة في مورده ، لا أنّه يصلح لتقييد اطلاقات الصحة و النفوذ الشامل لغير العربي ، و الاولويّة ممنوعة ، كما يظهر من ملاحظة أدلّة الماضوية .

قوله رحمه الله : **صحّته بغير العربي .**

يقتضيه الاطلاقات و العمومات الدالّة على صحّة العقود و نفوذ البيع

و التجارة ، و الظاهر أنّ ذلك هو المشهور ، لعدم تعرّض الاكثر للشرط المذكور ، و انّما تعرّض له جماعة على حكـي ، و هـو مـا بـين نـاف له و مثبت .

قوله رحمه الله : **بناء على أنّ دليل اعتبار العربية .**

هذا هو المدار في أحكام جميع الفروع المذكورة في هـذا المـقام ، و لاجله يظهر أنّ بعض التعليلات المذكورة في كلام المصنف رحمه الله الآتي لا أهميّة لها .

٢ ـ اعتبار علم المتكلم بمعنى الصيغة

قوله رحمه الله : **الاّ اذا ميّز بين معنى .**

اعتبار هذه الجهة غير ظاهر ، و لا سيّما و أنّ تمييز بعض الخصوصيات محتاج الى كمال معرفة و مزيد خبرة ، بل بعضها محلّ نظر و اختلاف بين علماء العربية ، فكيف يـتوقّف صـدق التكـلم بـالعربية عـلى مـثل هـذا التمييز .

٣ ـ اعتبار الماضوية

قوله رحمه الله : **اعتبار الماضوية .**

من المعلوم أنّ الفعل الماضي انّما يحكي عـن التـلبّس بـالمبدأ فـي الزمان الماضي ، و مقتضى ما تحقّق في محلّه من أنّ معنى الكلام الخبري و الانشائي واحد و انّما الاختلاف بينهما في قصد الحكاية فـي الخـبر و قصد الايجاد في الانشاء ، انّ انشاء مثل البيع بـلفظ المـاضي يـقتضي تحقّق البيع في الماضي لا في الحال ، فقصد الانشاء في الحال يـتوقّف على جواز استعمال الالفاظ المجازية في العقود و الايقاعات .

و لاجل أنّه لا ريب في جواز الايجاب بالفعل الماضي في البيع و غيره يظهر أنّ القول بعدم جواز استعمال المجاز في غير محلّه كما عرفت ، و أمّا الفعل المضارع فهو مشترك بين الحال و الاستقبال ، فاستعماله في انشاء المادّة في الحال حقيقة ، فهو من هذه الجهة أولى بالصحّة من الفعل الماضي .

قوله رحمه الله : **لصراحته في الانشاء.**

الفعل الماضي كما يستعمل في الانشاء يستعمل في الاخبار ، بل الثاني هو الشايع ، فصراحته في الانشاء انّما تكون بقرينة المقام ، بل عرفت أنّها قرينة المجاز ، فلم لا تكون القرينة المذكورة قرينة في المضارع على عدم كونه خبراً و لا كونه انشاء للوعد .

و كذا الحال في فعل الامر ، فانّها ايضاً تكون قرينة على كونه انشاء للمادة لا أمراً بالفعل .

و ان شئت قلت : معنى «افعل» انشاء الفعل ، و انّما يحمل في مثل اضرب و نحوه على كونه استدعاء لامتناع انشاء الضرب ، فليكن في مثل : بع و نحوه مستعملاً في معناه الاصلي ، و حمله على الاستدعاء و الامر بالفعل انّما كان قياساً على مثل : اضرب و نحوه ممّا كان يمتنع فيه انشاء المادة ، لا أنّه معناه الاصلي ، لا أقلّ من كون قرينة الحال مانعة من الحمل عليه ، و ان كان لولاها لحمل عليه من جهة المقايسة الّتي هي القرينة النوعية على الحمل على الاستدعاء .

و من ذلك تعرف أنّ الايجاب بالمضارع أولى بالصحة من الايجاب بالماضي ، و الايجاب بالامر أولى بالصحّة منهما ، نعم الايجاب به غير متعارف ، و لاجله قد يشكل لشبهة عدم عدّه ايقاعاً عند العرف ، فيكون نظير الايجاب بالمجازات المستبشعة الّتي تقدّم الاشكال في جواز الايقاع بها .

قوله رحمه الله : **قرينة المقام ، فتأمّل .**

قد عرفت أنّ قرينة المقام لابدّ من الاعتماد عليها ايضاً في الايجاب الماضي فكيف يكون ذلك قادحاً في صحة الايجاب .

٤ ـ اعتبار تقديم الايجاب على القبول

قوله رحمه الله : **مضافاً الى ما ذكر .**

يعني الاجماع .

قوله رحمه الله : **خلاف المتعارف .**

التعارف لا يوجب تقييد المطلق و لا تخصيص العام .

قوله رحمه الله : **يتضمّن انشاء نقل ماله في الحال الى الموجب.**

يمكن الاشكال عليه بما عرفت من أنّ القابل ليس ناقلاً و لا جاعلاً بل ذلك وظيفة الموجب ، و القابل انّما وظيفته امضاء الايجاب على اختلاف مضامينه ، من كونه نقلاً أو تمليكاً أو تبديلاً أو غير ذلك ، و لو سلّم ذلك فلا يسلم اعتبار خصوصيّة الحال في نقل القابل ، بل هو تابع لنقل الموجب في الخصوصية ، فان كان الموجب يجعل النقل في الحال كان القابل كذلك و ان كان في غيره فكذلك ، فاذا تقدّم الايجاب كان المقصود منه النقل بعد تمام العقد ، فالمقصود من القبول النقل حاله ، لأنه المطابق للنقل بعد تمام العقد ، و اذا تأخّر الايجاب كان المقصود النقل في الحال لأنّه زمان تمام العقد ، فيكون المقصود من القبول المتقدّم النقل بعد الايجاب ، فخصوصية الحال في القبول المتأخّر انّما لوحظت لمطابقتها لحال تمام العقد ، و الاّ فلا يظهر الفرق بين الايجاب و القبول من هذه الجهة .

فالاولى أن يقال : انّ مفهوم القبول و ان كان في نفسه ممّا يصحّ أن

يتعلّق بالامر الاستقبالي كما يتعلّق بالامر الماضي ، نظير الرضى و الحب و البغض و نحوها ، بل لا يعتبر فيه تحقّق ايجاب حتّى في المستقبل لتعلّقه بالوجود اللحاظي لا غير ، الاّ أنّ القبول العقدي أعني ما يتقوّم به العقد و يكون متمّماً له مختصّ بما يتعلّق بالامر الماضي ، فيكون معنى القبول القابل للايجاب هو قبول خصوص ما جعل و أنشىء ، لا ما يجعل و ينشأ ، و ان كان يجعل في المستقبل ، فلو تقدّم كان قبولاً لما يجعل لا لما جعل ، فلا يلتئم مع الايجاب المتأخّر .

و بالجملة القبول العقدي امضاء لما وقع لا مجرّد الرضى بأمر و ان لم يقع ، و لعل هذا هو المراد من الاستدلال على وجوب تقدّم الايجاب بأنّ القبول فرع الايجاب ، لا أنّ المراد فرعيّته له فرعيّة الحكم لموضوعه ، لانّ القبول لمّا كان عارضاً على الايجاب و متعلّقاً به كان فرعاً عليه ، فانّ الفرعية بهذا المعنى لا تستوجب التأخّر الزماني ، فانّ الرضى بشيء عارض عليه ، و مع ذلك لا يستوجب وجود المعروض خارجاً فضلاً عن تقدّمه زماناً ، لانّ المعروض انّما هو الوجود الذهني اللحاظي لا الخارجي ، كما سيأتي في كلام بعض المحققين.

قوله رحمه الله : فساد ما حكي عن بعض المحققين .

حكى ذلك السيد في مفتاح الكرامة عن استاذه قدس سره .

تقديم القبول بلفظ الامر

قوله رحمه الله : و ممّا ذكرنا يظهر الوجه .

قد عرفت الاشكال فيه ، بل الوجه ما ذكرنا من غير فرق بين أن يكون بلفظ قبلت و غيره لاطّراد وجه المنع من التقديم في المقامين.

قوله رحمه الله : منع دلالة رواية سهل [١] .

بل الظاهر من قول الرجل : زوّجنيها ، طلب تزويجها و اظهار الرغبة فيه لا انشاء القبول ، و الّا كان معلقاً باطلا لقوله : يا رسول اللّه زوّجنيها ان لم يكن لك بها حاجة ، على رواية العامة ، و ايضاً لو كان انشاء للقبول لم يكن مطابقاً للايجاب ، لانّ الايجاب كان مقيّداً بمهر خاص قد خلا عنه القبول .

---

١ ـ عن عوالى اللئالي : روي سهل الساعدي ان النبي صلى الله عليه وآله جاءت اليه امرأة فقالت : يا رسول الله اني قد وهبت نفسي لك ، فقال صلى الله عليه وآله : لا اربة لي في النساء ، فقالت : زوجني بمن شئت من اصحابك ، فقام رجل فقال : يا رسول الله زوّجنيها ، فقال : هل معك شيء تصدقها ، فقال : و الله ما معي الا ردائي هذا ، فقال صلى الله عليه وآله : ان اعطيتها اياه تبقي و لا رداء لك ، هل معك شيء من القرآن ، فقال : نعم سورة كذا و كذا ، فقال صلى الله عليه وآله : زوجتكها على ما معك من القرآن (عوالى اللئالي ٢:٢٦٣، عنه المستدرك ١٥ :٦١).

و رواه مسلم في صحيحه كتاب النكاح باب جواز كون الصداق تعليم القرآن، و البخاري في صحيحه كتاب فضائل القرآن باب خيركم من تعلم القرآن و علّمه ، و في باب القراءة عن ظهر القلب ، و في كتاب النكاح باب المهر بالعروض و خاتم حديد ، و ابن ماجة في سننه ١:٥٨٤ كتاب النكاح باب صداق النساء، و النسائي في سننه ٢:٨١ كتاب النكاح باب التزويج على سورة من القرآن، و ابي داود في سننه٢:٢٣٦ كتاب النكاح باب التزويج على العمل يعمل ، و مالك في موطأ ٢:٦٣كتاب النكاح باب ما جاء في الصداق و الحباء ، و البيهقي في سننه ٥٧:٧ كتاب النكاح باب ما ابيح له من التزويج بالمرأة من غير استئمارها.

و عن محمد بن مسلم ، عن ابي جعفر عليه السلام قال : جاءت امرأة الى النبي صلى الله عليه وآله فقالت : زوّجني ، فقال رسول الله صلى الله عليه وآله : من لهذه ، فقام رجل فقال : انا يا رسول الله زوجنيها ، فقال : ما تعطيها ، فقال : ما لي شيء ، فقال : لا ، قال : فاعادت ، فاعاد رسول الله صلى الله عليه وآله الكلام ، فلم يقم احد غير الرجل ، ثم اعادت ، فقال رسول الله صلى الله عليه وآله في المرة الثالثة : أتحسن من القرآن شيئا ، قال : نعم ، فقال : قد زوجتكها على ما تحسن من القرآن فعلّمها اياه (الكافي ٥:٣٨٠، التهذيب ٧:٣٥٤، عنهما الوسائل ٢١:٢٤٢) .

و دعوى جواز المخالفة بين الايجاب و القبول في وجود المهر وعدمه ، لازمها امّا عدم ثبوت المهر المذكور في الرواية على الزواج فيكون ذكره لغواً ، أو ثبوته على الزوج بدون قبوله ، و هو ممّا لا يمكن الالتزام به ، لكونه من قبيل الشرط على الغير في الايقاع المنافي لقاعدة السلطنة ، فتأمل .

ثمّ انّ الرواية المذكورة لا اطلاق فيها من حيث عدم ذكر القبول بعد ايجاب النبي صلى الله عليه وآله ، لانّها حكاية حال مع أنّ المقصود الحكاية عن الواقعة الخارجية في الجملة ، فلا تدلّ على عدم الاحتياج الى اعادة القبول بعد الايجاب ، فلاحظ .

قوله رحمه الله : الاقوى المنع في البيع .

قد عرفت امتناع تقدّم القبول على الايجاب بأيّ لفظ كان ، مضافاً الى انّ الامر ممّا لا يصحّ الايجاب به و لا القبول ، تقدّم أو تأخّر .

قوله رحمه الله : قد صرح في المبسوط بصحته بل يظهر منه .

يعني فلا اجماع على عدم حصول الملك به ، و حينئذ يرجع في صحّته الى العمومات المقتضية للصحة و كذلك في اللزوم .

هذا ، و لكن عرفت أنّ تقدّم الايجاب على القبول معتبر في تحقّق مفهوم العقد فمع انتفائه ينتفي ، فلا مجال للتمسك بعموم الوفاء بالعقود و نحوه ممّا كان موضوعه العقد أو نوع منه ، نعم لا بأس بالتمسك بعموم حلّ التجارة لصدقها في المقام و ان لم يكن عقد .

و من ذلك يظهر انّ ترتّب أحكام البيع على المعاملة مع تقدم القبول لا مجال له ، لانّ البيع العرفي من أنواع العقد ، و قد عرفت أنّه لا يصدق مع تقدّم القبول ، بل ذلك مقتضى ما ذكره المصنف رحمه الله من وجه المنع من تقديم القبول .

لأنّه على تقدير تماميّته مانع عرفي عن صدق البيع و العـقد، فـيمتنع ايضاً لاجله التمسك بعموم الوفاء بالعقود و بعموم حلّ البيع فـي حـل تقدم القبول، و منه يشكل ما ذكره المصنف رحمه الله ، و لعله الى ذلك اشار بقوله: فتأمل.

التقديم بلفظ اشتريت و ابتعت

قوله رحمه الله :**انّ الادخال في الايجاب.**

يعني مثل: بعت فرسى بدرهمك.

قوله رحمه الله :**و في القبول.**

يعني مثل: اشتريت فـرسك بـدرهمي، فـانّ تـعليق الفـعل بـالفرس يقتضي دخوله في ملكه، و جعل الدرهم عوضاً بادخال باء العوض عليه يقتضي خروج ماله الى الغير.

قوله رحمه الله :**و حينئذ فليس في حقيقة الاشتراء.**

لما ذكره من أن «اشتريت» ممّا يصح الانشاء الحالي به كـ«بعت»، و انّما يفترقان فيما ذكره.

فان قلت: كيف يتمّ ذلك مع أنّ التاء فيه للمطاوعة الدالّة على مطاوعة الفاعل لغيره و قبوله لاثره، و بالجملة التاء فـي «اشـتريت» تـدلّ عـلى مطاوعة فاعله لفاعل «شريت»، فليس الفرق بين «قبلت» و «اشتريت» الاّ أنّ الاوّل يدلّ على المطاوعة بمادّته و الثاني بهيئته.

قلت: تاء المطاوعة لا يجب في مدخولها أن يكون صادراً من فاعل غير فاعل الفعل، بل يكفي فيه أن يكون ممّا يصحّ فيه ذلك، فيقال: رميت زيداً فارتمى، و يصحّ أن يقال: ارتمى زيد، كما يصحّ أن يقال: اكتسى و اهتدى، و ان لم يكن له رام و كاس و هاد.

قوله ﷺ : مفقود في الايجاب المتأخر.

يعني أن يكون قبولاً للقبول المتقدّم ، فاذا قال المشتري ابتداء : اشتريت فرسك بدرهمي ، فقال البائع : بعتك فرسي بدرهمك ، امتنع أن يكون قبولاً لايجاب المشتري ، كي يكون مالك الدرهم بائعاً و مالك الفرس مشترياً ، لانّ المشتري ينقل ماله الى البائع بالالتزام ، و هو انّما ينطبق على مالك الدرهم لا مالك الفرس ، لانّ مالك الفرس نقل الفرس الى الغير بنفس الفعل ، و هو : بعتك فرسي ، بل الّذي ينطبق على مالك الفرس هو البائع ، لانّ البائع هو الّذي ينقل مال غيره اليه بالالتزام و مالك الفرس كذلك .

هذا ، و لكن يمكن أن يقال : انّه و ان امتنع أن يكون قول البائع : بعت ، بعد قول المشتري : اشتريت ، اشتراء لكن لا مانع من أن يكون قبولاً لانشاء اشتريت ، اذا كان صادراً بعنوان تنفيذه و قبوله ، غاية الامر ان يكون معاملة اخرى عكس البيع من حيث المدلول الصريح و الضمني ايجابها اشتريت و قبولها بعت أو قبلت أو نحوهما ، ممّا يتضمّن القبول و الامضاء و التنفيذ ، و كذا الحال في بقيّة العقود .

فكما يصحّ عقد التزويج بأن تقول المرأة : زوّجتك نفسي ، فيقول الرجل : قبلت ، يصحّ ايضاً بأن يقول الزوج : تزّوجتك ، فتقول المرأة : قبلت ، و كما يصحّ عقد الاجارة بقول مالك الدار : آجرتك داري ، فيقول المستأجر : قبلت ، يصحّ بقول المستأجر : استأجرت دارك ، و بقول المالك : قبلت ، و هكذا .

قوله ﷺ : متعاكسان.

فانّ «رضيت» انّما تفيد المطاوعة ، و بها يكون انشاء لنقل ماله الى البائع ، و لاجل أنّ المطاوعة تمتنع مع التقدّم امتنع تقدّمه ، و «اشتريت»

يفيد الانشاء بنفسه و لا يفيد المطاوعة الاّ اذا تأخّر، و لاجل أنّه يفيد الانشاء جاز تقدّمه، و «رضيت» يفيد المطاوعة و «اشتريت» لا يفيدها الاّ اذا تأخّر، و «اشتريت» يفيد الانشاء لنقل ماله، و «رضيت» لا يفيده الاّ اذا تأخّر.

قوله رحمه الله: **و قبول الاثر فلا.**

اعتبار القبول في العقد و كونه أحد ركنيه ممّا لا ريب فيه عند العرف و بذلك افترق العقد عن الايقاع، فانّ كثيراً من الايقاعات يتوقّف على الرضى ممّن بيده جعله و انشاؤه، و بذلك لا تسمّى عقوداً، لانّ الرضى المعتبر فيها ليس بالمعنى الّذي يكون مطابق مفهوم القبول العقدي المتقوّم بالرضى به على نحو المطاوعة و الانقياد، فلو قال زيد: ملّكت فرسي عمراً بدرهم، و قال عمرو من دون علم بايجاب زيد: تملّكت فرس زيد بدرهم، لم يكن ذلك عقداً بل كانا ايجابين مستقلّين.

فالعقد ليس منتزعاً من مجرّد توارد الايقاعين على أمر واحد، و لو أوقع الوليّان ايقاعين لمضمون واحد لم يكن ايقاعهما عقداً، بل لابدّ فيه من عناية كون أحدهما تابعاً للاخر و امضاء له، بلا فرق بين أن يكون القبول بلفظ قبلت و غيره كاشتريت و ابتعت و نحوهما.

نعم يفترقان في أن الاوّل لا يصحّ أن يكون ايجاباً بخلاف الثاني، فانّه يصحّ أن يكون ايجاباً، كما يفترقان ايضاً بأنّ الاوّل لا يتوقّف كونه قبولاً على أكثر من قصد مضمونه بخلاف الثاني، فانّه انّما يكون قبولاً اذا كان صادراً بعنوان التبعية لغيره و امضائه.

قوله رحمه الله: **جامعاً لتضمّن انشاء النقل.**

قد عرفت أنّ وظيفة القابل ليس الاّ امضاء ما جعله الموجب من دون زيادة على ذلك لا صريحاً و لا ضمناً، فتملك البائع للثمن ليس بجعل

المشتري و لا تملك المشتري للمبيع ، بل هما بجعل البائع و ايجابه بضميمة قبول المشتري و امضائه .

قوله ﴿رحمه الله﴾ : و لا يعتبر انشاء انفعال نقل البائع.

يعنى كي يجب تأخّره ، لكن عرفت اشكاله .

قوله ﴿رحمه الله﴾ : الحلّي و ابن حمزة .

فانّ الثاني قال في الوسيلة : « الثامن - يعني من شروط البيع - تقديم الايجاب على القبول » ، و قال الاوّل في السرائر : « فان كان القبول متقدّماً على الايجاب فالبيع غير صحيح ».

قوله ﴿رحمه الله﴾ : و لا فرق بين المتعارف .

قد يمكن الفرق بأنّ التعارف هنا من قبيل الغالب المتخلّف في بعض الموارد ، بشهادة ما ورد في بعض نصوص عقد النكاح من قول الزوج : أتزّوجك ، و قول الزوجة : نعم [١] ، بخلاف التعارف في المسألة الآتية ، فانّه لم يعرف تخلّف له ، و التعارف على النحو الاوّل لا يقيّد الاطلاق بخلاف التعارف على النحو الثاني .

تقديم القبول فيما لا انشاء في قبوله

قوله ﴿رحمه الله﴾ : ثمّ انّ ما ذكرنا .

يعني من جواز تقديم القبول اذا كان متضمّناً لانشاء مستقلّ في نفسه و ان لم يكن قبولاً بالمعنى الاخص .

---

١ ـ عن ابان بن تغلب قال : قلت لابي عبدالله ﴿عليه السلام﴾ : كيف أقول لها اذا خلوت بها ، قال : تقول : اتزوجك متعة على كتاب الله و سنة نبيه لا وارثه و لا موروثة كذا و كذا يوماً .... فاذا قالت : نعم فقد رضيت فهي امرأتك و أنت اولى الناس بها ـ الخ (الكافي ٥:٤٥٥، التهذيب ٧:٢٦٥ ، الاستبصار ٣:١٥٠ ، عنهم الوسائل ٢١ :٤٣).

قوله رحمه الله : من جهة تحقّق عنوان المرتهن .

يعني انّ القبول المذكور انّما يسمّى قبولاً و يتحقّق فيه عنوان القبول لتحقّق معنى المطاوعة فيه المطابق لعنوان الارتهان ، و هو ممّا يمتنع تحققّه بدون تحقّق عنوان الرهن، لانّ الارتهان من قبيل الانفعال الممتنع تحققّه بدون الفعل .

هذا ، و الظاهر انّ هذا التقريب بعينه جار في تقديم قبول البيع ، اذ يمكن ايضاً أن يقال فيه : انّ صدق القبول عليه لتحقّق عنوان الابتياع المطاوع للبيع الّذي لا يمكن تحققّه بدونه ، فلو تقدّم لزم امّا عدم صدق القبول عليه لو لم ينطبق عليه عنوان الابتياع أو صدقه لو انطبق عليه العنوان مع انفكاكه عن البيع و هو ممتنع ، و عليه كان المناسب ذكره وجهاً للمنع عن تقديمه و عدم الاقتصار على ما سبق منه قدس سره .

مضافاً الى أنّه لا يظهر الفرق بين القبول بمثل تملكت ممّا كان فيه انشاء أمر و غيره ، و قد تقدّم منه أنّه لا يعتبر في صحّة العقد وجود القبول على نحو المطاوعة لعدم الاجماع عليه ، فما الّذي ألجأه الى اعتباره في مثل هذه الموارد .

لكنّه لا يتمّ في المقامين ، لانّ عنواني الفعل و الانفعال كالبيع و الابتياع ، و الرهن و الارتهان ، و الكسر و الانكسار ، لهما مطابق واحد و انّما الاختلاف بالاضافة ، فاذا اضيف الى الفاعل كان فعلاً و اذا اضيف الى المفعول كان انفعالاً ، فكما لا يتحقّق الانفعال بدون الفعل كذلك لا يتحقّق الفعل بدون الانفعال .

فاذا كان ما ذكر مانعاً من تقدّم القبول كان مانعاً من تقدّم الايجاب ايضاً ، لكنّه ليس كذلك ، اذ ما ذكر انّما يتمّ لو كان الارتهان منتزعاً عن مجرّد القبول ، و الرهن منتزعاً عن مجرد الايجاب ، أمّا لو كانا معاً منتزعين من

مجموع الايجاب و القبول ، أعني نفس العقد الّذي هو منشأ العنوان الواحد الخاص الّذي يكون موضوعاً للاضافتين المذكورتين ، أعنى الاضافة الى الفاعل و الاضافة الى المفعول .

فلا ينطبق على القبول المتقدّم عنوان الارتهان ، و لا على الايجاب المتقدّم عنوان الرهن، بل موضوع العنوانين المذكورين الراهن و المرتهن و هما متلازمان في الانطباق عليهما ، و لا يعرضان الاّ بعد تحقّق تمام منشأ الانتزاع ، أعنى تمام العقد ، و هكذا الكلام في البيع و الابتياع و غيرهما ، فلاحظ .

قوله رحمه الله : **التزام بشيء .**

يعنى نقل ماله الى غيره كما في عقود المعاوضات ، على ما تقدّم منه قدس سره .

قوله رحمه الله : **بغير عوض .**

يعنى لا يكون القابل فيها ناقلاً ماله الى غيره .

قوله رحمه الله : **فلمّا كان ابتداء الالتزام .**

قد عرفت آنفاً أنّ الايجاب عبارة من انشاء العنوان و القبول تنفيذ ذلك الانشاء و الرضى به ، فمن قام به الانشاء موجب تقدّم أو تأخّر ، و من قام به التنفيذ و الرضى قابل تقدّم ايضاً أو تأخّر ، و لا فرق بين المصالحة و غيرها من العقود .

نعم بينهما فرق من جهة اخرى لا ترتبط بما نحن فيه ، و هو أنّ المصالحة لا يتميّز فيها أحد المالكين عن الآخر بانطباق عنوان خاصّ عليه دون الاخر كما في البيع ، فانّ مالك المعوّض بائع و لو كان هو القابل ، و مالك العوض مشتر و لو كان هو الموجب ، فلو قال الثاني : اشتريت مالك بمالي ، فقال الاخر : قبلت ، صحّ على ما عرفت ، و كان المشتري هو

الموجب و البائع هو القابل ، بخلاف عقد المصالحة ، فانّ الموجب هو المصالح بالكسر دائماً ، و القابل هو المصالح بالفتح دائماً .

قوله رحمه الله : **كان ايجاباً آخر .**

اذ ليس فيه انشاء عنوان القبول بالمعنى المتقوّم بالمطاوعة ، على ما عرفت من كونه جزءاً من العقد .

قوله رحمه الله : **بغير لفظ قبلت .**

يمكن أن يكون القبول بمادّة الصلح المتضمّنة للانفعال مثل اصطلحت ، فحينئذ لا مانع من تقدّمه على القبول كما في ابتعت ، اذ لا يظهر الفرق بين المقامين ، بل لا مانع من انشاء القبول بمثل صالحتك و ان كان الايجاب بها ايضاً ، لا أنّ كونه ايجاباً مستقلاً يتوقّف على عدم صدوره بعنوان المطاوعة و التنفيذ و الاّ تعيّن قبولاً و ان كان بلفظ الايجاب ، كما عرفت في انشاء القبول بـ«ملّكت» مشدّداً بعد انشاء الايجاب بـ« تملّكت» .

أقسام القبول في العقود

قوله رحمه الله : **فتلخّص ممّا ذكرنا أن القبول.**

قد عرفت أنّ القبول ليس الاّ مفهوم واحد ، امّا صالح للتقديم مطلقاً لو كان بمعنى انشاء الرضى بشيء و لو كان مستقبلاً ، من دون فرق بين أنواع العقود ، و امّا غير صالح للتقديم لو كان بمعنى انشاء الرضى بما جعل و انشىء ، من دون فرق بين أنواع العقود ايضاً ، فكلمات المصنف قدس سره لا تخلو في هذا المقام من غموض و اشكال ، و اللّه سبحانه الموفق .

٥ ـ اعتبار الموالاة بين الايجاب و القبول

قوله رحمه الله : **صورة اتّصاليّة .**

يعني تكون الصورة الاتصالية مقوّمة له عرفاً بنحو يفوت بفواتها .

قوله رحمه الله : **فيقدح تخلّل الفصل .**

هذا غير ظاهر من العرف ، بل الظاهر الاكتفاء في تحقّق العقد ببقاء العهد النفساني في نفس الموجب ، فاذا كان باقياً الى زمان القبول و تحقّق كفى ذلك في تحقّق العقد عندهم و لو مع الفصل الطويل ، فاذا قال الموجب : بعتك الفرس بدرهم ، فلم يقبل المشتري و بقي ساكتاً فصار الموجب يعظه و ينصحه و يوضح له أن له في الشراء فوائد ، فلمّا اقتنع المشتري قبل ، صدق العقد و ان كان مع الفصل بالكلام الاجنبي ، كما أنّه لو لم يبادر المشتري الى القبول حتّى انصرف الموجب عن الايجاب و أعرض فقبل لم يتحقّق العقد .

و هذا هو السر في عدم صدق العقد مع الفصل المفرط كسنة أو أزيد على ما ذكره المصنف قدس سره .

قوله رحمه الله : **فلا يضرّه عدم صدق العقد.**

صدق البيع بدون العقد غير ظاهر ، بل الظاهر كونه عند العرف من أنواع العقد فلا يتحقق بدون شرائط العقد ، و أمّا التجارة فهي و ان لم تختصّ بالعقود ، فانّ حيازة المباحات نوع من التجارة و ليست عقداً الاّ أنّ التجارة على نحو المعاوضة منها ، لا أقلّ من عدم ثبوت خلاف ذلك الموجب للرجوع الى أصالة عدم ترتّب الاثر و عدم جواز الرجوع الى عموم حلّ التجارة لعدم احراز موضوعه .

قوله رحمه الله : **للرواية ، فافهم .**

لعلّه اشارة الى ما تقدّم من أنّ اعتبار الموالاة انّما هي في خصوص العقد لا مطلق الاسباب كالتجارة و البيع ، لأنّه خلاف عموم نفوذهما و يمكن أن يكون النكاح كذلك .

٦ ـ اعتبار التنجيز في العقود

قوله رحمه الله : **وظاهر المسالك في مسألة اشتراط التنجيز .**

قال فيها : «و اشتراط تنجيزه مطلقاً موضع وفاق كالبيع و غيره من العقود ـ انتهى » ، و هو صريح في دعوى الاتفاق .

قوله رحمه الله : **ادّعى الاجماع على ما حكي عنه.**

قال في التذكرة : « لايصحّ عقد الوكالة معلّقاً بشرط أو وصف ، فانّ علّقت عليهما بطلت ، مثل أن يقول : ان قدم زيد ، أو : اذا جاء زيد رأس الشهر فقد وكّلتك ، عند علمائنا ، و هو أظهر وجهي الشافعية ـ انتهى » ، وكأنّ العبارة المحكيّة في المتن غير هذه العبارة .

قوله رحمه الله : **هناف للجزم حال الانشاء.**

كأنّه يريد الجزم بوجود المنشأ من قبل الموجب ، و الاّ فالجزم بوجوده مطلقاً ممّا لا يمكن اعتباره في الايجاب ، لتوقّف الوجود على القبول و هو مشكوك ، بل ربّما يتوقّف على أمر آخر من قبض و غيره ، و هو غير معلوم ، و كيف كان فلا دليل على اعتبار الجزم بأيّ معنى فرض .

قوله رحمه الله : **و ان كان الشرط المشيئة .**

يعني أن يقول : بعتك ان شئت .

قوله رحمه الله : **و بقاؤها مدّته.**

يعني لو علم بثبوتها قبل العقد فيمكن الجهل ببقائها حال العقد .

قوله ﵀ : **صفة يقتضيها اطلاق العقد.**

فانّ العقد لو اطلق و لم يقيّد بمشيئة المشتري فهو مقيّد بها ذاتاً ، لانّ فرض كونه عقداً يقتضي توقّفه على القبول الناشيء من مشيئة المشتري فبدونها لا قبول ، فلا عقد فلا بيع ، و الاّكان ايقاعاً لا عقداً ، و هو خلف ، و هذا هو المراد من قوله : لم يشأ لم يشتر .

قوله ﵀ : **و لا رضا الاّ مع الجزم .**

هذا غير ظاهر ، لانّ الرضى بشيء لا يتوقّف على امكان حصوله ، فضلاً عن الجزم بوقوعه ، و كما أنّ المنشأ المطلق يتعلّق به الرضى كذلك المنشأ المعلّق .

قوله ﵀ : **لانّ الاعتبار بجنس الشرط.**

الظاهر أنّ مراده أنّ الجهل بالحصول المانع من صحّة التعليق يراد به الجهل بالحصول بلحاظ نفس مضمون الكلام ، فانّ التعليق على أمر ليس فيه تعرّض لثبوت ذلك الامر المعلّق عليه المستوجب لجهالة الامر المعلّق ، فلا ينافي ذلك العلم به من جهة أمر خارج عن الكلام .

قوله ﵀ : **لا متوقّع الحصول .**

مقتضى هذا الكلام اختصاص المنع بالتعليق على الامر الاستقبالي .

صور التعليق في العقود و حكمها

قوله ﵀ : **كما اعترف به الشهيد.**

راجع الى دخوله في معقد اتّفاقهم لا الى قوله : لا يجري فيه ، فانّه انّما لا يجرى فيه بناء على أنّ المراد ظاهره ، أمّا بناء على ما فسّره به الشهيد فيجري فيه .

قوله ﵀ : **فهو المتيقّن من معقد اتفاقهم .**

يعني من دون فرق بين أن يكون حالياً أو استقباليّاً ، لكن بعض الادلّة الآتية على امتناعه تختصّ بالثاني ، فيكون هو القدر المتيقّن.

قوله رحمه الله : **كما لو شرط في البيع .**

لا يخفى عدم المناسبة بين المقامين الاّ من حيث استعمال لفظ الشرط فيهما و ان كان المراد به مختلفاً ، ففي المقام بمعنى التعليق و في النظير بمعنى الالتزام في ضمن العقد ، كما سيشير اليه المصنف رحمه الله .

قوله رحمه الله : **فالمعلّق في كلام المتكلّم غير معلّق في الواقع.**

هذا يتمّ في الشروط الشرعية ، و أمّا الشروط العرفية فهي معلّق عليها في كلام المتكلّم ، مثل : ان كانت زوجتي فهي طالق ، لامتناع قصد انشاء المنشأ بدونها ، الاّ أن يشرع الموقع في ايقاعه ، و لا يجري على ما عند العرف .

قوله رحمه الله : **بعتك ان قبلت .**

وجه التأييد أنّ القبول ممّا لا يعلم بوجوده غالباً .

ثمّ انّ من هذا الكلام يعلم أنّ التعليق على أمر يتوقّف عليه المنشأ لا مانع منه و لو كان استقباليّاً ، فلا يختص كلام المصنف رحمه الله بالحالي بل يعمّه و الاستقبالي ، كما يقتضيه اطلاق عبارة المصنف رحمه الله السابقة .

ما استدلّ به على بطلان التعليق في العقود

قوله رحمه الله : **ان كان هو مدلول .**

مدلول الكلام هو نفس المعنى المنشأ ، كما أنّ مدلول الكلام الخبري هو نفس المعنى المخبر به ، لكن مراد المصنف رحمه الله نفس الانشاء بقرينة المقابلة للشقّ الثاني .

قوله رحمه الله : **فالتعليق غير متصوّر فيه.**

وجهه أنّ الانشاء من قبيل الايجاد ، و كما أنّ الايجاد الحقيقي لا يقبل الاناطة و التعليق ، لانّ ذلك يستدعي الفرض و هو غير التحقيق ، كذلك الانشاء .

لكن قد يشكل ذلك بأنّ الانشاء للامور الاعتبارية غير الانشاء للامور الحقيقية ، اذ الثاني عين الوجود و الاختلاف بينهما اعتباري ، و الوجود عين التحقق المنافي للفرض و التعليق بخلاف الثاني فانّه متقوّم بقصد حصول المنشأ .

و كما أنّ القصد قائم بالموضوعات اللحاظية الذهنية الحاكية عن الخارج و ان لم يكن لها خارج ، بل قد يكون ممتنعاً في الخارج ، لا مانع من أن يكون منوطاً بشروط لحاظية حاكية عن الخارج ، وكما يصحّ أن يكون منوطاً بتلك الموضوعات اللحاظية بما هي حاكية عن الخارج يجوز أن يكون منوطاً بشروط الحاظية ، فانّ الاناطة في المقامين من قبيل واحد وان كان بينهما جهة اختلاف ، لاختلاف الاضافة القائمة بين الحكم و موضوعه مع الاضافة القائمة بين الحكم و شرطه .

بل ادّعى بعض الاعيان أنّ التعليق في العقود و الايقاعات التعليقية انّما هو لنفس الانشاء ، اذ لو كان للمنشأ في القضايا الانشائية لكان للمخبر في القضايا الخبرية ، و لازمه عدم صدق الخبر بانتفاء المعلّق لانتفاء المعلّق عليه ، فيكون قوله تعالى : «لَوْ كانَ فِيهِمَا آلِهَةٌ إلاَّ اللّٰهَ لَفَسَدَتا»[1] ، من الخبر الكاذب ـ و العياذ باللّه ـ و ايضاً يكون ذلك مخالفاً لما صرّحوا به من أنّ صدق الشرطية لا يتوقّف على صدق طرفيها ، لأنّه بانتفاء طرفيها لا يكون للمخبر به واقع ، فالاخبار عنه بلا واقع فلا يكون صادقاً .

---

١ ـ الانبياء : ٢٢.

فيتعيّن لذلك الالتزام بأنّ الشرط في قولنا : ان كانت الشمس طالعة كان النهار موجوداً ، قيد للاخبار بوجود النهار ، فالاخبار بوجود النهار كان معلّقاً على طلوع الشمس ، فمع طلوع الشمس يكون الاخبار فعليّاً ، و يكون حينئذ اخباراً صادقاً ، و مع عدم طلوع الشمس لا اخبار فعلي بوجود النهار حتّى يكون كاذباً .

و هكذا الكلام في الآية الشريفة ، فعلى فرض تعدّد الآلهة يكون الاخبار بالفساد و هو حينئذ صادق ، و على فرض عدم تعدّد الآلهة لا اخبار فعليّاً حتّى يكون كاذباً .

لكن يرد عليه انّ القيود المأخوذة في المخبر به مختلفة ، فان كانت قيوداً تحقيقية فصدق الخبر يتوقّف على تحققها ليتحقّق المقيّد بها ، مثل قولنا : ركب زيد فرساً ، فان لو لم يكن المركوب فرساً يكذب الخبر و ان تحقّق الركوب ، فضلاً عمّا اذا لم يتحقّق ، و ان كانت القيود تعليقيّة بأن كان المخبر به مقيّداً بها على نحو التعليق لا التحقيق .

فصدق الخبر لا يتوقّف على ثبوتها و لا ثبوت المعلّق عليها المقيّد بها على نحو التعليق ، بل يتوقّف على ثبوت المعلّق عليها على تقدير ثبوتها ، ففي المثال المتقدّم ان كان وجود النهار ثابتاً على تقدير طلوع الشمس يكون الخبر صادقاً و ان كان غير ثابت على تقدير طلوع الشمس يكون الخبر كاذباً .

و بالجملة الاستدلال على النحو المذكور ناشيء من البناء على كون قيود المخبر به كلّها على نسق واحد ، و أنّها يتوقّف صدق الخبر على تحققّها و تحقّق المقيّد بها ، و ليس كذلك بل هي مختلفة .

و كيف كان فالظاهر من الجمل الشرطية المشتملة على التعليق كون الشرط قيداً لنفس الجزاء الّذي هو موضوع الخبر تارة ، كما اذا كان

الجزاء خبراً ، و الانشاء تارة كما اذا كان انشاء ، و فاء الجزاء انّما تحكي عن الترتيب بين معنى الجزاء و الشرط كسائر الادوات المشتمل عليها الكلام ، لا الترتيب بين نفس الاخبار و الانشاء و بين الشرط ، كيف و نفس الاخبار أو الانشاء ليس ملحوظاً للمتكلم أصلاً ، فكيف يكون طرفاً لاضافة التعليق الموقوفة على ملاحظة طرفيها .

مضافاً الى أنّ التحقيق و التعليق متنافيان ، سواء أكان موضوعهما الارادة أم غيرها ، و الارادة الخارجية الّتي تكون منشأ لاعتبار الاخبار و الانشاء وجود تحقيقي فكيف يمكن أن تكون معلقة للتنافي .

نعم يصح تعليق الارادة الاخبارية أو الانشائية ، بمعنى تعليق مفهومها الصالح في نفسه للوجود التحقيقي و التعليقي ، و أمّا المصداق الخارجي لها فلا يمكن تعليقه لأنّه وجود تحقيقي لا غير ، فيصحّ قولنا : اذا جاء زيد ، اريد الاخبار عنه ، بمعنى تعليق الارادة المفهومية لا تعليق الارادة المصداقية .

و من ذلك يظهر امتناع تعليق الاخبار في مثل : ان قام زيد قمت ، من وجهين ، كما يمتنع تعليق الانشاء في مثل : ان قام زيد بعت ، من الوجهين ايضاً .

قوله رحمه‌الله : **و ان كان الكلام في أنّه .**

كان المناسب في التعبير أن يقال : و ان كان المراد تعليق المنشأ كالملكية و البيع و نحوهما .

قوله رحمه‌الله : **في مثل : « اَوْفُوا بِالْعُقُودِ»** [1] .

لم يتعرّض في الدليل المذكور لخصوص قوله تعالى : « اَوْفُوا بِالْعُقُودِ»

---

١ ـ المائدة : ١.

و سببية العقد المذكورة في كلام المستدلّ لا يختص دليلها به بل يعمّه و غيره من أدلّة النفوذ، مثل: «اَحَلَّ اللّٰهُ الْبَيْعَ»[1]، و «تِجٰارَةً عَنْ تَرٰاضٍ»[2]، و لو سلّم توهّم المستدل ذلك كان المناسب الاشكال عليه بعدم الفرق بين أدلّة السببية لا دعوى الفرق بينهما كما قصد المصنف رحمه الله، فانّ الجميع من قبيل واحد، امّا ظاهرة في ترتّب الاثر حال وقوع السبب أو غير ظاهرة.

قوله رحمه الله: **و تسلّط الناس.**

قد تقدّم الاشكال في الاستدلال بقاعدة السلطنة على سببية أمر مشكوك السببية.

قوله رحمه الله: **كاف في اثبات ذلك.**

هذا يتمّ لو فرض مجرّد عدم صلاحية: «اَوْفُوا بِالْعُقُودِ» لاثبات الصحّة، أمّا لو دلّ على وجوب ترتّب أثر العقد حينئذ بنحو لا يصحّ الاّ مع ذلك كان مقدّماً على مثل: «اَحَلَّ اللّٰهُ الْبَيْعَ»، لانّه من قبيل تعارض المقتضي و اللا مقتضي، فتأمّل.

قوله رحمه الله: **اذا وقع.**

قيد للعهد.

قوله رحمه الله: **هو مدلول العقد.**

يعني المضمون العرفي.

قوله رحمه الله: **لا يعقل خلافها.**

لكون المفروض كونه سبباً له، فلو لم يترتّب لزم الخلف.

---

١ ـ البقرة: ٢٧٤.

٢ ـ النساء: ٢٨.

قوله رحمه الله : **كثير جدّاً .**

كما في موارد اعتبار القبض كالهبة و بيع الصرف و بيع السلم ، لكن ثبوت ذلك بالدليل لا ينافي ظهور دليل النفوذ في خلافه كما يدّعيه المستدل ، نعم لو كان المدّعى الامتناع العقلي كان ما ذكر ردّاً عليه في محلّه .

قوله رحمه الله : **لا يلزم هنا تخلّف أثر العقد عنه .**

لانّ العقد انّما يتمّ بالقبول ، نعم يلزم تخلّف أثر الايجاب عنه لكن لم يمنعه المستدلّ .

اذا انشأ من غير تعليق و كان المنشيء متردداً في ترتب الاثر

قوله رحمه الله : **عدم ترتّب الاثر عليه.**

يعني الاثر الشرعي ، و أمّا الاثر العرفي فيمتنع القصد اليه مع العلم بعدم ترتّبه .

قوله رحمه الله : **ما لم يكن سبباً لارتفاع القصد .**

بأن يكون المقصود من المعاملة التسبّب الى الاثر الشرعي .

قوله رحمه الله : **في فقد الشروط المقوّمة .**

قد عرفت الاشارة الى أنّه كلّ ما له دخل في ترتّب الاثر العرفي اذا علم بانتفائه لا يمكن القصد الي المعاملة بلحاظ ترتّب أثرها العرفي ، لانّ انتفاء الشرط يوجب انتفاء المشروط ، و مع العلم بانتفاء الاثر العرفي يمتنع التوصّل اليه ، من دون فرق بين أن يكون الشرط مقوّماً لاصل الماهية ، و ان يكون مقوّماً لصحّتها .

قوله رحمه الله : **لانّ فساد الوكالة بالتعليق.**

كان المناسب التعليل بأنّ تعليق الوكالة واقعاً على كون الموكّل مالكاً

انّما يقتضي انتفاءها في ظرف عدم كونه مالكاً لا انتفاءها و لو كان مالكاً ، ففي ظرف كونه مالكاً يصحّ الايقاع من الوكيل ، و أمّا التعليل المـذكور فغير ظاهر :

أوّلاً : من جهة أنّ التعليق الواقعي لا يقتضي الفساد ، و لذا جوّز الايقاع بصورة التنجيز و ان كان في الواقع معلّقاً .

و ثانياً : من جهة أنّ بقاء الاذن مع فساد الوكالة محلّ اشكال و خلاف ، بل الاظهر عدمه ، لانّ الاذن مبنيّة على الوكالة فلا تبقى بارتفاعها .

قوله رحمه الله : **لانّ الجزم هنا حاصل .**

لامكان القصد الى البيع و لو لم يكن مالكاً كما في بيع الفضولي .

قوله رحمه الله : **دون مثال الطلاق .**

كأنّه من جهة أنّ الشرط غير المحرز مقوّم فيه ، و ليس كـذلك فـي طرفيه ، اذ حليّة المرأة المتزوّج بها من قبيل الشرط الشرعي لترتّب الاثر الشرعي لا شرط عرفي ، و كذلك في بيع أمة الاب ، فانّ كون البائع هو المالك شرط في ترتّب الاثر الشرعي .

قوله رحمه الله : **لعدم قصدهما الى طلاق صحيح .**

قد عرفت أنّه لا مانع من القصد الى المعاملة العـرفية و لو مـع العـلم بانتفاء الاثر الشرعي لانتفاء شرطه كما في بيع الغاصب .

٧ـ اعتبار التطابق بين الايجاب و القبول

قوله رحمه الله : **من حيث خصوص المشتري.**

الخصوصيات المذكورة فـي العـقد مـنها مـا يـفوت بـفواتـها العـقد كخصوصية الثمن و المثمن، و منها ما لا يكون كذلك كخصوصية وصف المبيع و وصف الثمن و خصوصية الشرط ، بناء على أنّ بطلان الشـرط لايقتضي بطلان العقد .

فالاوّل لا بدّ من المطابقة فيه بين الايجاب و القبول ، لانّ تخلّفه قصداً موجب لفواته و المفروض أنّ فواته موجب لبطلان العقد .

أمّا الثاني فقد يشكل وجوب المطابقة بينهما فيه ، اذ غاية ما يقتضي ذلك فواته و المفروض أنّ فواته لايوجب بطلان العقد لتقوّم العقد بغيره و تخلّفه لا يمنع من صدق العقد بالنسبة الى غيره ، اذ الوجه في عدم فوات العقد بفواته انّه منشأ بنحو تعدّد المطلوب ، فاذا فات العقد بالاضافة الى بعض مراتبه أمكن أن يصحّ بالاضافة الى بعض آخر ، و الانحلال الى هذه المراتب انّما هو بتوسّط انحلال الايجاب ، فانّ القبول كما عرفت آنفاً ليس الاّ الرضى بالايجاب و امضاؤه ، فان كان الايجاب منحلاً الى مراتب متعدّدة كان القبول تابعاً له ، و ان لم يكن منحلاً كان القبول كذلك .

فاذا كان العمدة في انحلال العقد هو انحلال ايجابه فلا مانع من أن يكون القبول متعلّقاً ببعض تلك المراتب و يكون العقد متحقّقاً بالنسبة اليها و ان لم يكن متحقّقاً بالنسبة الى البعض الاخر .

مثلاً اذا باعه الفرس و الحمار بدرهمين فقبل أحدهما بدرهم فقد تحقق العقد بالنسبة الى أحدهما و بطل بالنسبة الى الاخر ، و مثله ما لو باعه الفرس بعشرة فقبل نصفه بخمسة ، أو باعه الدابة بشرط خياطة ثوب فقبل بلا شرط .

و بالجملة البناء على تعدّد المطلوب بالنسبة الى بعض الخصوصيات يستدعي جواز المخالفة بين الايجاب و القبول بالنسبة اليها ، فيصحّ العقد بالاضافة الى مورد التطابق و بطل بالاضافة الى مورد التخالف ، فان اريد باعتبار التطابق اعتباره بالاضافة الى تمام مراتب العقد فهو في محلّه ، و ان اريد بالاضافة الى جميع مراتب العقد فهو غير ظاهر بل ممنوع .

اللّهم الّا أن يقال : انّ انحلال الايجاب انّما يترتّب عليه الاثر بشـرط القبول ، و بعبارة اخرى الانحلال الّذي يكون موضوعاً للاثر انّما يكون للعقد لا للايجاب نفسه ، و لا يخلو من وجه .

ثمّ انّ اعتبار خصوصية المشتري و البائع انّما يكون في ظرف يكون العوض ذميّاً ، لانّ اختلافهما يوجب اختلاف ما في ذمّتهما ، أمّا اذا كان العوض خارجيّاً ، كما لو اعتقد البائع أنّ الثمن المعيّن لزيـد و قـد كـان لعمرو ، فقال مخاطباً زيداً : بعتك الفرس بهذا الثمن ، فقبل عمرو صحّ ، لانّ الخصوصية المذكورة ليست من مقوّمات المـعاملة ، كـما سيجيء التنبيه عليه في بيع الغاصب اذا أجاز المالك .

قوله رحمه الله : **لا يبعد الجواز.**

اذ الاختلاف انّما هو بمجرّد العبارة ، و كذا الحال في المثال الآخر ، و اشكال المصنف رحمه الله ضعيف .

٨ ـ اعتبار أهلية المتعاقدين معاً حين العقد

قوله رحمه الله : **بل النوم .**

بل و الجهل باللغة و الصمّ و الغفلة و نـحوها مـمّا يـمنع مـن صـحة التخاطب ، لاشتراك الجهة المانعة .

قوله رحمه الله : **عدم تحقّق معنى المعاقدة.**

غير واضح بالاضافة الى صلاحيّة القابل حين الايجاب ، لكون الظاهر صدق المعاقدة و المعاهدة اذا حـدثت صـلاحيته بـعد الايـجاب قـبل القبول ، نعم لا يبعد ذلك بالاضافة الى بقاء الموجب على الصلاحية الى أن يقع القبول و يتمّ العقد .

قوله رحمه الله : **فانّ حقيقة الوصية الايصاء.**

كما أوضحنا ذلك في كتاب الوصية.

قوله رحمه الله : **وكذا لو مات**[١].

الظاهر أنّ أصل العبارة : و لذا لو مات، يعني لمّا كان شرطاً قام الوارث فيه مقامه، و لو كان ركناً لما قام، لانّ قيامه مقامه يتوقّف على ثبوت حق له و المفروض انتفاء السبب الموجب له بانتفاء جزئه، بخلاف ما لو كان شرطاً فانّ الايجاب حينئذ يكون تمام السبب و ذلك كاف في ثبوت الحق، كذا قرّره المصنف رحمه الله في رسالته في الوصية.

و الاشكال عليه ظاهر، اذ يمتنع ترتّب الاثر على السبب مع انتفاء شرطه، و لو قيل بأنّ الشرط شرط في فعليّة الاثر لا في ثبوت الحق، أمكن أن يقال مثل ذلك لو كان القبول جزء السبب، فانّ كونه جزء السبب بالاضافة الى ملكيّة الموصى له لا ينافي كون الايجاب سبباً في ثبوت حق أن يملك، و العمدة في هذه المسألة النصوص كما أشرنا الى ذلك في شرح كتاب الوصية.

قوله رحمه الله : **و لو ردّ جاز له القبول.**

فذلك يدلّ على أنّ القبول ليس ركناً، و الاّ لكان الرد مانعاً من التئامه مع الايجاب كما هو كذلك في عامة العقود.

ثمّ انّ جواز القبول بعد الرد عندهم انّما هو في الرد الواقع حال حياة الموصي، أمّا ما كان حال موته و قبل قبول الموصى له فلا خلاف في عدم جواز القبول بعده، و في الجواهر : «الاجماع بقسميه عليه»، و تحقيق ذلك موكول الى محلّه.

قوله رحمه الله : **لانّ المعتبر فيه عرفاً.**

---

١ ـ في المكاسب المطبوع : لذا.

المناسب للحكم المعلّل أن يقول : لانّ المعتبر من الرضى ما كان صادراً عمّن يعتبر رضاه حين انشاء الاخر ، و هو من لم يكن محجوراً ، و هذا ايضاً لا يخلو باطلاقه من مصادرة ، اذ لا ريب في تحقّق المعاهدة و المعاقدة من المحجورين ، و انّما الموجب لعدم النفوذ ما دلّ على مانعية الحجر عن التصرف الّذي هو بمنزلة المخصص لادلّة الوفاء بالعقود ، و لذا يصحّ مع اجازة الغرماء أو الولي أو المالك أو الوارث .

نعم لا بدّ من ملاحظة دليل الحجر ، فاذا دلّ على بطلان العقد اذا قارن ايجابه أو قبوله موجب الحجر في كل منهما ، تمّ الشرط المذكور لما ذكر ، و الاّ فالمرجع في نفي احتمال ذلك أدلّة النفوذ .

قوله رحمه الله : **ان الموجب لو فسخ قبل القبول .**

يعنى لو ردّ ، اذ الفسخ انّما يكون للعقد لا للايجاب .

ثمّ انّ مانعية الرد قبل القبول من تحقّق المعاهدة لا يصلح لاثبات ما ذكره من لزوم كون القابل حال الايجاب على صفة القابلية لظهور الفرق بين المقامين .

نعم يمكن أن يجعل ذلك دليلاً على اعتبار بقاء الموجب على الصلاحية الى تمام القبول على تأمّل و اشكال ، لامكان الفرق بينهما ايضاً ، مع أنّه لو سلّم ما ذكر بالنسبة الى ما ذكره أوّلاً أمكن الاشكال فيه بالنسبة الى ما ذكره أخيراً ، لما عرفت من أنّ المرجع فيه أدلّة الحجر لا غير ، و بالجملة المناسب ذكر الشرط المذكور أخيراً في عداد شروط المتعاقدين اذا فرض قيام الدليل عليه .

و من ذلك تعرف الاشكال في بقيّة العبارة ، فلاحظ .

قوله رحمه الله : **على خلاف القاعدة .**

بل قد عرفت أنّه مقتضى القاعدة ، و ما ذكره قدس سره غير ثابت ، فلا يكون قاعدة .

اختلاف المتعاقدين في شروط العقد

قوله رحمه الله : **بما يقتضيه مذهبه .**

يعني فيكتفى بذلك بالاضافة الى ما يصدر منه ، فيعمل بالاضافة الى ما يصدر من الآخر بما يقتضيه مذهب الآخر لا مذهب نفسه ، فاذا اختلفا في اعتبار العربية ، و كان القائل باعتبارها موجباً ، كفى صدور الايجاب منه بالعربية و ان كان القبول بالفارسيّة ، و ان كان قابلاً كفى صدور القبول منه بالعربية وان كان الايجاب بالفارسية .

قوله رحمه الله : **و جواز العقد بالفارسي.**

الواو للمعية ، و المراد التمثيل للوجه الثالث .

قوله رحمه الله : **اردؤها الاخير .**

اذ لا يبتني على شيء ، و الامر دائر بين الوجهين الاوّلين ، لدوران الامر بين مبنيهما .

قوله رحمه الله : **بمنزلة الواقعية الاضطرارية.**

مجرّد كونها بمنزلة الواقعية غير كاف في البناء على الصحّة ، الاّ أن يثبت عموم التنزيل بلحاظ غير من توجّه اليه الحكم ممّن كان عمل من له الحكم موضوعاً لاثر شرعي بالاضافة اليه ايضاً كما فى المقام ، و لو ثبت هذا العموم أمكن البناء على الصحة ، و لو قلنا هي أحكام عذرية ، فيكون ذلك الحكم العذري موضوعاً للاثر بالنسبة الى غير المحكوم به .

و كأنّه لذلك قيّد المصنف رحمه الله الاحكام العذرية في كلامه الآتي بقوله : لا يعذر فيها الاّ من اجتهد ـ الخ ، و الاّ فمجرّد كونها عذرية لا يقتضي المنع من ترتيب الاثر بالنسبة الى الغير ، لامكان كونها عذرية على نحو تكون موضوعاً للاثر بالنسبة الى الغير ، نظير قوله عليه السلام : « لكلّ قوم

نكاح »، مع أنّ نكاح كلّ قوم قد لا يكون عذرياً ايضاً .

و كيف كان فأدلّة الاحكام الظاهرية لا تدلّ على كونها أحكاماً واقعية ثانوية و لا على كونها عذرية بنحو يصح ترتيب أثر الواقع عليها بالاضافة الى غير المحكوم ، و البناء على ذلك في بعض الموارد انّما كان لدليل يختصّ به لا لوفاء الادلّة العامة به .

قوله رحمه الله : **و أمّا الموالاة .**

الفرق بين القسمين هو أنّ الخلل في الاوّل يكون في أحد الجزئين و في الثاني يكون في جميعها ، و عليه فينبغي عدّ الترتيب من الثاني ، لانّ الترتيب قائم بالجزئين معاً فاذا فات منها معاً ، و لا يختص بأحدهما .

قوله رحمه الله : **و البقاء على صفات صحّة الانشاء .**

مرجع هذا الشرط الى أنّه يعتبر في كلّ من الايجاب و القبول مقارنته لاهليّة الطرف للانشاء ، فاذا كان الموجب لا يرى ذلك فأوجب قبل حدوث أهليّة القابل كان الخلل مختصّاً بالايجاب ، فاذا حدثت الاهليّة للقابل فقبل مع بقاء أهليّة الموجب الى تمام القبول لم يكن القبول مختلاً في نفسه ، فجعل هذا الشرط من شرائط الجزئين غير ظاهر ، و لعلّه أشار اليه بقول : فتأمّل .

أحكام المقبوض بالعقد الفاسد

١ ـ ضمان المقبوض بالعقد الفاسد

قوله رحمه الله : **لا الى مال من الاموال.**

فانّ المال يمتنع أن يكون موضوعاً للاحكام التكليفية ، فلا بدّ أن

يكون المصحّح لاعتباره في الذمّة أمراً غير التكليف و هو الملكيّة، أمّا لو كان ما في الذمّة فعلاً من أفعال المكلّف، فان كان ما يدلّ على أن المصحّح لاعتباره في الذمّة الملكيّة كما في الشروط و الاجارات و نحوها فهو، و الاّ تعيّن كون المصحّح هو التكليف كما في الواجبات الشرعية، فانّها و ان كانت مستقرّة في الذمة على المكلّف لكنها ليست مملوكة للّه تعالى.

و من ذلك يظهر أنّ قولنا: على زيد أن يصلي، ظرفه مستقرّ لا لغو متعلّق بمحذوف مثل: يجب عليه، أو: يلزم عليك، كما ذكرنا ذلك في مثل قولنا: لزيد أن يشرب الماء، فانّ ذلك لو صحّ لصحّ في المحرمات، مثل: عليك أن تكذب، بمعنى يحرم عليك، فتأمّل جيّداً.

قوله رحمه الله: **و من هنا كان.**

يعني من أجل ظهور الرواية في الحكم الوضعي أمكن الاخذ بعمومها بالنسبة الى الطفل، بخلاف ما لو كان مفادها الحكم التكليفي فانّه يمتنع شمولها له لحديث: «رفع القلم عن الطفل» [١].

و قد يقال: انّ هذا انّما يتمّ بناء على تأصّل الاحكام الوضعية، أمّا بناء على انتزاعها من الاحكام التكليفية كما هو مذهب المصنف رحمه الله، فلا يمكن شمولها للطفل و لو قلنا بظهورها في الحكم الوضعي، لانتفاء التكليف في حقّه ليصحّ انتزاع الوضع منه، و لو صحّ انتزاعه من تكليف الولي أمكن الاستدلال بها بالنسبة الى الطفل، و لو قيل بظهورها في التكليف بتوجيهه الى الولي ايضاً.

---

١ ـ عن ابن ظبيان قال: أتي عمر بامرأة مجنونة قد زنت، فأمر برجمها، فقال علي عليه السلام: أما علمت أن القلم يرفع عن ثلاثة: عن الصبي حتي يحتلم، و عن المجنون حتي يفيق، و عن النائم حتي يستيقظ (الخصال: ٩٣ و ١٧٥، عنه الوسائل ١: ٤٥).

و فيه انّه بعد ما كانت ظاهرة في ثبوت الحكم بالنسبة الى ذي اليد، فان حملناها على الوضع لم يمنع من شمولها للطفل منع، لامكان انتزاع ذلك الحكم الوضعي من الحكم التكليفي المتوجّه الى الولي، أمّا لو حملناها على الحكم التكليفي فلا وجه لصرفها الى الولي، لانّ تخصيصها بأدلّة رفع القلم أولى من ذلك فيتعيّن ارتكابه، و لذا لم يتوهّم أحد صرف عمومات الاحكام التكليفية الشاملة للطفل في مثل الصلاة و الصيام و غيرها الى الولي.

قوله رحمه الله: **اذا لم يكن يدهما ضعيفة.**

و الاّ لم يصدق عليها اليد، فلا تكون موضوعاً للحديث.

قوله رحمه الله: **لعدم التمييز.**

تعليل للضعف.

قوله رحمه الله: **لم يستوفه المشتري.**

ذكره لدفع توهّم كون الضمان بالاستيفاء لا لليد، و الوجه في عدم كونه استيفاء أنّه ليس انتفاعاً منه بها عرفاً، مضافاً الى أنّ الضمان بالاستيفاء يختصّ بما هو مملوك للمضمون، و ليس كذلك في الفرض.

قوله رحمه الله: **بطريق أولى.**

لانّ اليد على المنافع انّما هي بتبع اليد على العين، فاذا كانت اليد التابعة مضمنة فالمتأصّلة بطريق أولى.

قوله رحمه الله: **لا كالمتلف، فافهم.**

يحتمل أن يكون اشارة الى أنّ احداث نمائها غير قابل للملك نوع من الاتلاف، أو الى أنّ الاستيلاد اشغال لها بالولد فهو استيفاء لنمائها.

لكن يشكل الاوّل بأنّ الاتلاف الموجب للضمان ايقاع التلف على مال الغير و ليس الاحداث المتقدّم منه، و يشكل الثاني بأنّ الاشغال بالولد

ليس من منافع الجارية عرفاً ، مع أنّ الرواية تضمّنت قيمة الولد لا قيمة الاشغال به [١] ، و الولد ليس انتفاعاً له كي يضمن بالاستيفاء كما عرفت ، بل ليس هو مملوكاً لمالك الامة كي يصحّ ضمانه بالاستيفاء لاختصاص الضمان به بذلك .

فالاولى أن يكون اشارة الى أنّ الوطء اذا كان سبباً لحدوث المال غير قابل للملك ، فاذا كان ذلك مانعاً من كون الضمان بالاتلاف يكون ايضاً مانعاً من الضمان باليد ، لانّ التلف تحت اليد انّما يكون موجباً للضمان باليد اذا كان التالف مالكاً للمضمون له ، و الولد ليس كذلك ، فلا تصلح الرواية شاهداً لما نحن فيه ، بل تدلّ على ضمان الولد بسبب تعبّدي غير الاسباب المعروفة ، بل عدم تعرّض الرواية لضمان منافع الامة من حين

---

١ ـ عن جميل بن دراج ، عن بعض اصحابنا ، عن ابي عبدالله عليه السلام في رجل اشترى جارية فاولدها فوجدت مسروقة ، قال : يأخذ الجارية صاحبها و يأخذ الرجل ولده بقيمته (الكافي ٥:٢١٥، التهذيب ٧:٦٥، الاستبصار ٣:٨٣، عنهم الوسائل ٢١:٢٠٤) .

و عن زرارة قال : قلت لابي جعفر عليه السلام : الرجل يشتري الجارية من السوق فيولدها ثم يجيء رجل فيقيم البينة على أنها جاريته و لم يبع و لم يهب ، قال : فقال : ترد اليه جاريته و يعوضه مما انتفع ، قال : كان معناه قيمة الولد (الكافي ٥:٢١٦، التهذيب ٧:٦٤، الاستبصار ٣:٨٤، عنهم الوسائل ٢١:٢٠٤) .

و عن جميل بن دراج ، عن ابي عبدالله عليه السلام في الرجل يشتري الجارية من السوق فيولدها ثم يجيء مستحق الجارية ، فقال : يأخذ الجارية المستحق و يدفع اليه المبتاع قيمة الولد و يرجع على من باعه بثمن الجارية و قيمة الولد التي اخذت منه (التهذيب ٧:٨٢، الاستبصار ٣:٨٤، عنهما الوسائل ٢١:٢٠٥) .

و عن زرارة قال : قلت لابي عبدالله عليه السلام : رجل اشترى جارية من سوق المسلمين فخرج بها الى ارضه فولدت منه أولادا ثم اتاها من يزعم انها له و أقام على ذلك البينة ، قال : يقبض ولده و يدفع اليه الجارية و يعوّضه في قيمة ما اصاب من لبنها و خدمتها ـ و في التهذيب : ان اباها بدل من اتاها (التهذيب ٧:٨٣، الاستبصار ٣:٨٥، عنهما الوسائل ٢١:٢٠٤) .

الشراء الى زمان الرد يوميء الى عدم ضمان الرد بـالنسبة الى المـنافع ، فلاحظ .

المراد من قاعدة : كل عقد يضمن بصحيحه يضمن بفاسده

قوله رحمه الله : **و المراد من الضمان في الجملتين .**

الحمل على هذا المعنى كأنّه للمحافظة على قرينة السياق المقتضية لكون المراد بالضمان في الصحيح و الفاسد معنى واحداً .

قوله رحمه الله : **فليس هذا معنى للضمان أصلاً.**

و لا هو من لوازمه ، فانّ الغاصب اذا تلف المغصوب في يده لا يكون تلفه في ملكه .

قوله رحمه الله : **فلا يقال انّ الانسان ضامن لامواله.**

هذا لو تمّ لا يختصّ بالشهادة على نفي كون معنى الضمان هـو كـون التلف في ملك الضامن ، بل يشهد ايضاً على نفي كونه بالمعنى الّذي سبق منه ، من كونه بمعنى كون خسارته و دركه في ماله الاصلي ، اذ على ذلك المـعنى ايـضاً يـلزم صحّة كـون المـالك ضـامناً لامـواله ، لانّ دركـها و خسارتها عليه لا على غيره .

و الّذي ينبغي أن يقال : انّ الضمان عبارة عن التعهّد و الالتزام بـمال الغير ، و حكم هذا التعهّد وجوب دفعه مع وجوده و دفع بدله من مثله أو قيمته مع تلفه ، و ثبوته في المقبوض في العقد الفاسد ظاهر ، لما عرفت من عموم على اليد .

و أمّا ثبوته في العقد الصحيح فيتوقف على ملاحظة الجـهات الّـتي تكون في العقد الصحيح كي يعرف ما يصحّ منها لتطبيق العقد الصحيح بلحاظه و ما لا يصحّ ، فنقول : اذا باع زيد فرسه على عمرو بدينار بـيعاً صحيحاً ، فهنا أمور :

الاوّل : الخسارة الواردة على كلّ من زيد بخروج الفرس عن ملكه و عمرو بخروج الدينار عن ملكه المتداركة بالعوض ، فانّ الخسارة الواردة على زيد متداركة بالدينار و على عمرو متداركة بالفرس .

الثاني : ضمان زيد الفرس قبل قبض المشتري و ضمان عمرو للدينار قبل قبض البايع ، فلو تلفت الفرس كانت خسارتها على زيد و لو تلف الدينار كانت خسارته على عمرو ، و يسمّى هذا الضمان ضمان المعاوضة .

الثالث : انّه بعد التقابض لو طرأ فسخ باقالة أو غيرها أو انفساخ ، فان كانت العين موجودة دفعها القابض الى المالك ، و ان كانت معدومة دفع بدلها من المثل أو القيمة اليه ، و ذلك يدلّ على ضمان القابض ، اذ لو لم يكن كذلك امتنع الفسخ مع التلف لانتفاء الموضوع ، مع أنّه لا اشكال فيه في الجملة .

فان قلت : يمتنع ضمان القابض ، لأنّه مال له و الانسان لا يضمن أمواله .

قلت : لا مانع في الجملة من ضمان الانسان لامواله اذا كانت موضوعاً لحق الغير ، فانّ الراهن اذا أتلف العين المرهونة فعليه ضمانها ، مع أنّها ماله ، و مثله اذا أتلف المالك ما نذر التصدّق به و كذلك العين الزكوية اذا تعلّق بها حق الزكاة بناء على أنّها من الحقوق ، فاذا جاز ضمان المالك لماله تبعاً لضمان حق الغير لا مانع من الالتزام في المقام ، بأنّ العقد الواقع منهما على مالهما يستوجب ثبوت حق مضمون على تقدير تلف موضوعه بضمان موضوعه .

و حينئذ ان اريد من تطبيق الضمان في الصحيح ملاحظة الامر الاوّل فليس هو من الضمان المصطلح ، فانّ المعاوضة تستلزم ملك كلّ منهما لمال غيره بعوض لا أن يكون كلّ منهما ضامناً لمال غيره ، كيف و قد

عرفت أنّ معنى الضمان كون المال في عهدة الضامن لغيره و ذلك أجنبي عن المعاوضة .

و ان اريد ملاحظة الامر الثاني فهو ايضاً كذلك ، لبنائهم على أنّ التلف من مال البائع راجع الى انفساخ العقد عـند التـلف ، فـيرجـع المـال الى المالك و يتلف و هو في ملك من هو بيده لا أنّه يتلف مـن مـلك مـالكه و يكون مضموناً على من هو بيده كما في ضمان اليد ، فاطلاق الضـمان عليه بنوع من العناية ، و لذا سمّوه بضمان المعاوضة .

و ان اريد ملاحظة الامر الثالث كان اطلاقه في الصحيح بالمعنى الّذي يكون في الفاسد ، و ان كان في الاوّل تبعيّاً و في الثاني أصليّاً ، و عـليه فلا يلزم التفكيك بين مـعنى الضـمان فـي الفـقرتين مـن دون حـاجة الى ارتكاب ما ذكره المصنف رحمه الله ، و يشهد باطلاقهم الضـمان عـلى هـذه الجهة قولهم : و بالقبض ينتقل الضمان ، الاّ أنّ ارادته من كلامهم بعيدة ، و لذا فسّر المصنف رحمه الله الضمان في الفقرة الاولى بالضمان بـالمسمّى ، و قبله في الجواهر ، فلاحظ كلماتهم .

و عليه يتعيّن البناء على التفكيك بين الفـقرتين فـي مـعنى الضـمان ، و لا بأس به اذا كان هو الظاهر .

قوله رحمه الله : هو لزوم تداركه بعوضه الواقعي.

قد عرفت الاشارة الى أنّ الضمان عبارة عن كون مال الغير في العهدة و لزوم التدارك بمثله أو قيمته من أحكامه الثابتة عند التلف ، كما أنّ من أحكامه دفعه بنفسه مع وجوده ، و ليس مـعنى الضـمان لزوم التـدارك بالعوض الواقعي .

قوله رحمه الله : نظير المعاطاة .

قد عرفت أنّ تعيّن المالين فيها للعوضية عند التلف كان لاجل البناء

على صحّتها حينئذ ، فلا مجال لقياس المقام عليها ، لكون المـفروض فساد العقد الى الابد .

قوله ﵀ : مغاير لمعناه الفاسد .

قد عرفت أنّه الظاهر المتعيّن ، و لعلّه الى ذلك أشار بقوله : «فافهم» .

المراد من العموم في العقود

قوله ﵀ : لجواز كون نوع لا يقتضي بنوعه الضمان.

تعليل لمنع كون عموم العقد في القاعدة بلحاظ خـصوص الانـواع ، و حاصله أنّه لو كان العموم بلحاظ الانواع لزم عدم اطّراد عكس القضية ، فانّ الصلح الجامع بين الصلح المعاوضي و غيره بما هو جامع بين الصنفين لا يقتضي صحيحه الضمان ، فيدخل في عكس القضية و هو : ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده .

و مقتضى ذلك أنّ الصلح الفاسد لا يقتضي الضمان ، مع أنّه قد يقتضيه اذا كان الفاسد من الصلح المعاوضي ، و نحو ذلك يقرّر في الهبة الجامعة بين الهبة المجّانية و المعوضة و العارية الجامعة بين المضمونة و غيرها و عارية الذهب و الفضة و غيرها .

فالمتعيّن أن يكون المراد أصناف تلك الانواع ، مثل الصلح المعاوضي الّذي يقتضي صحيحه الضمان و كذا فاسده ، و الصلح غير المـعاوضي الداخل في عكس القضية ، فأنّه لا يقتضي صحيحه الضمان و لا فاسده ، وكذا الحال في الاصناف المذكورة و غيرها .

المراد من اقتضاء الصحيح للضمان

قوله ﵀ : و لعل المراد عارية غير الذهب و الفضة.

أو لعلّ المراد دخول الانواع و الاصناف معاً مـع مـلاحظة الحـيثية ، فنوع الصلح أو العارية مثلاً لمّا لم يقتض الضمان بصحيحه يدخل فـي عكس القاعدة ، و يكون الفاسد من الصلح أو العارية من حيث هو صلح أو عارية لا يقتضي الضمان .

و لا ينافي ذلك أن يكون الصلح المعاوضي و عارية الذهب و الفضة من حيث هما كذلك يقتضيان الضـمان بـصحيحهما فـيقتضيان الضـمان ايضاً بفاسدهما و يدخلان في نفس القاعدة .

قوله رحمه الله : **و يظهر من الرياض اختيار الضمان.**

قال في الرياض فيما لو استعار مـن الغـاصب فـرجـع المـالك عـلى الغاصب :

« لم يرجع ـ يعني الغاصب ـ على المستعير الاّ مع علمه أو كون العين مضمونة ، فيرجع عليه فيهما ، لاستقرار الضمان عليه في الاوّل و اقدامه في الثاني على الضمان مع صحة العارية ، فكذا عليه الضمان مع الفساد للقاعدة الكلية انّ كلّ عقد يضمن بصحيحه يضمن بفاسده ، و قـال فـي المسالك في هذه المسألة : فان رجع على المستعير يرجع على الغاصب ان لم تكن العارية مضمونة ، و الاّ رجع عليه بغير ما أقدم على ضمان ـ الى أن قال : ـ لأنّا لم نضمنه من حيث الغصب بـل مـن حـيث كـونها عـارية مضمونة و دخوله عـلى ذلك ، فـاذا تـبيّن فسـادها لحـق حكـم الفـاسد بالصحيح كما سلف من القاعدة ، و ان رجـع المـالك عـلى الغـاصب لم يرجع على المستعير ان لم تكن مضمونة ، و الاّ رجع عليه بما كان يضمنه لو كانت صحيحة ـ انتهى ».

و في الجواهر انكر ذلك على المسالك لعدم الدليل على القاعدة في المقام ، و أنّ دعوى الاجماع عليها مـعلومة الفسـاد ، اذ المشـهور بـين

الاصحاب الضمان هنا مع الجهل و ان رجع بقاعدة الغرور، و ظاهره انكار الدليل على ثبوت القاعدة في مثل ذلك لا انكار عموم القاعدة له، فهو يسلّم أن مقتضى القاعدة ذلك و ان اقتضاء العقد الصحيح للضمان أعمّ ممّا كان بنفس العقد و بالشرط، لكن لا يسلّم حجية القاعدة على النحو المذكور.

و لكنّ التأمل في ذلك ظاهر، لانّ الظاهر من سببية العقد الصحيح للضمان كونه بنفسه مقتضياً له لا بالشرط المذكور في ضمنه، نعم لا يبعد ذلك بناء على أنّ الباء في قولهم: بصحيحه و بفاسده، ظرفية، لكن يشكل ايضاً بما عرفت من أنّ الضمان في الصحيح انّما هو بمعنى التعويض الجعلي فلا يشمل مثل الضمان بالشرط في العارية، لأنّه بمعنى آخر كالضمان في الفاسد.

قوله رحمه الله: و ربّما يحتمل في العبارة.

المحتمل صاحب الجواهر، ذكر ذلك في كتاب الاجارة في مبحث الاجارة الفاسدة.

قوله رحمه الله: وجد له بالفعل.

الظاهر أنّ المراد أنّ له فردين صحيحاً و فاسداً، و لو فرضا في مقابل ما ذكره بقوله: لا ما يفرض ـ الخ، و هو أن يكون له فرد واحد يفرض صحيحاً تارة و فاسداً اخرى، فالمراد بالعقد هو الجامع بين فردين لا الفرد الّذي يكون موضوعاً لحالين: الصحة و الفساد.

معنى لفظة الباء في «بصحيحه و بفاسده»

قوله رحمه الله: الاّ بعد القبض.

لكن القبض شرط لسببية العقد للضمان، لأنّه شرط صحّته كسائر

شرائط الصحة مثل العلم بالعوضين، لا شرط في تأثير العقد الصحيح في الضمان.

قوله رحمه الله: **و يتداركه بردّ الثمن.**

قد عرفت أنّ الضمان انّما يكون بانفساخ البيع لا مع صحّته، فمع عدم التلف و الانفساخ يكون البيع موجباً لضمان المشتري بالمسمّى و ان لم يقبض المبيع، و كأنّه كذلك أمر مدّ ظلّه بالتأمّل.

قوله رحمه الله: **وكذا الاجارة و النكاح.**

ان كان الضمان في المقام بالمعنى المتقدم فقد عرفت حاله، و ان كان لليد فهو لا ينافي ضمان العقد، لانّ ضمانه كان بالمسمّى على المشتري و ضمان البايع له بعد ملك المشتري له باليد كما لو كان بيد ثالث، و كيف كان فلا قصور في سببية العقد للضمان بالمسمّى.

قوله رحمه الله: **لانّه المنشأ للقبض.**

هذا هو الظاهر، كما سيأتي ان شاء اللّه تعالى.

مدرك القاعدة

قوله رحمه الله: **ثمّ أضاف الى ذلك.**

قال رحمه الله: «و السر في ذلك ـ يعنى في الضمان ـ أنّهما تراضيا على لوازم العقد فحيث كان مضموناً فقد دخل القابض على الضمان و دفع المالك عليه، مضافاً الى قوله صلّى الله عليه وآله: «على اليد ما اخذت حتى تؤدي»[1]، و هو واضح ـ انتهى».

---

١ ـ تفسير أبي الفتوح الرازي ١: ٧٨٤، عوالى اللئالي ٢: ٣٤٥، عنهما المستدرك ٨: ١٤٩، ١٧: ٨٨.

رواه الحسن البصري، عن سمرة بن جندب، عن النبي صلّى الله عليه وآله، راجع سنن البيهقي ٦: ٩٠، كتاب العارية، و كنز العمال ٥: ٢٥٧.

قوله رحمه الله : **لا الضمان بالمثل و القيمة.**

لو فرض اقدامهما على الضمان بالمثل أو القيمة ، كما لو باعه بمثله أو بقيمته لم يجد ذلك في ضمانه بعد كون المفروض فساد العقد و عدم ترتّب أثر عليه ، فالاقدام على الضمان اذا لم يمضه الشارع الاقدس ليس من أسباب الضمان مطلقاً ، فلا تتمّ دعوى كونه من أسباب الضمان .

قوله رحمه الله : **كما قبل القبض .**

لكن موضوع كلامهم ما بعد القبض ، فمرادهم من كون الاقدام موجباً للضمان أنّه موجب له في المقبوض ، فلا يتوجّه النقض المذكور .

قوله رحمه الله : **ضمان المبيع على البايع .**

يعني الضمان الّذي يتضمّنه العقد الصحيح ، و المناسب التمثيل له بقوله : بعتك بثمن علي و آجرتك باجرة علي ، لكن قوله رحمه الله : اذا تلف في يد المشتري ، ظاهر في حصول الاقدام على الضمان العقدي و انّ الشرط الضمان الاصطلاحي على تقدير التلف ، مثل أن يقول : بعتك الفرس بدرهم و على ضمان الفرس لو تلف عندك .

لكن هذا لا يحسن النقض به لتحقّق الاقدام على ضمان الفرس بالدرهم ، لانّ المراد بالاقدام على الضمان في الصحيح ما كان في مقابل الاقدام على المجانية .

قوله رحمه الله : **كما اذا قال بعتك .**

هكذا في نسختي ، و الظاهر سقوط حرف العطف ، و انّ أصل العبارة : و كما اذا قال ـ الخ .

قوله رحمه الله : **في الاخير عدم الضمان.**

المراد من الاخير مثال الاجارة كما تقدم ، و من مثال البيع : بعتك بلا ثمن ، و استشكال العلامة رحمه الله كان في القواعد حيث قال : « و هل يكون

مضموناً على القابض ، فيه اشكال ينشأ من كون البيع الفاسد مضموناً و دلالة لفظه على اسقاطه ـ انتهى» .

قوله رحمه الله : **الاّ أنّ مورده مختصّ بالاعيان.**

لم يرد لهذا الحديث مورد ، و كأنّ المراد أنّه مختصّ بالاعيان ، لانّ الظاهر من الموصول الواقع عليه الاخذ خصوص الاعيان ، و لا ينافيه كون المراد من الاخذ الاستيلاء ، فانّ الاستيلاء انّما يكون على الامور الخارجية و لا يجري في الامور الاعتبارية ، كما سيأتي في الامر الثالث .

قوله رحمه الله : **مال المسلم .**

قد عرفت الاشكال في صدق المال على غير الاعيان ، فالتمسّك بمثل : «لا يحلّ مال امريء مسلم»[١] غير ظاهر ، و لا سيّما و انّ الظاهر منه التكليف و جهة التصرف لا الوضع و الضمان .

نعم لو سلّم ذلك لم يرد عليه انصرافه عن صورة العمل باختيار العامل و رضاه ، و لا سيّما مع كراهة الطرف الاخر و ندمه على الامر بالعمل ، اذ دعوى الانصراف ممنوعة مع فرض كون العمل بداعى الاجرة و جرياً على المعاوضة بعنوان كونه مملوكاً لمن يعمل له .

قوله رحمه الله : **مضافاً الى أدلّة نفي الضرر.**

هذا يتوقّف على كون مفاد العموم المذكور نفي الضرر و لو كان ناشئاً من عدم الحكم ، أمّا لو اختصّ بما كان ناشئاً من جعل الحكم فلا يصحّ التمسك به في المقام ، و الظاهر الثاني كما هو محرّر في محلّه .

و قد يستشكل عليه تارة بانصراف العموم المذكور من صورة العمل باختيار العامل و رغبته ، و فيه ما عرفت .

---

١ ـ الكافي ٧: ٢٧٣، الفقيه ٤: ٦٦، عنهما الوسائل ٥: ١٢٠.

و اخرى بأنّ صورة الاقدام على الضرر خارجة عن العموم المذكور، وكون المقام ليس منه يتوقّف على جريان العموم، اذ لو لم يجر كان من الاقدام على الضرر، فجريان العموم يتوقّف على كون المقام ليس من الاقدام على الضرر، و كونه كذلك موقوف على جريان العموم، و هو دور، و فيه انّ عنوان الاقدام على الضرر و عدمه لابدّ من احرازه مع قطع النظر عن العموم، و من المعلوم أنّ من يعمل بعنوان استحقاق الغير لعمله ليس مقدماً على اضرار نفسه.

و ثالثة بمعارضة العموم لقاعدة السلطنة الجارية في حقّ المستأجر، لانّ اشغال ذمّته بالعوض خلاف سلطنته على نفسه، و فيه انّ قاعدة الضرر حاكمة على قاعدة السلطنة حكومتها على سائر أدلّة الاحكام، نعم لو كان اشتغال ذمّة المستأجر ضرراً عرفاً كان المورد من موارد تعارض الضررين الّتي يرجع فيها الى القواعد الاخر كقاعدة السلطنة في المقام، لكنّه غير ظاهر.

مضافاً الى أنّ اشتغال ذمّة المستأجر بالعوض ليس على خلاف سلطنته، كيف و هو مقدم على ذلك بايقاع المعاملة الفاسدة، نعم لا يتمّ ذلك مع المخالفة بين العوض الجعلي و الواقعي.

قوله رحمه الله : **لقاعدتي الاحترام و نفي الضرار.**

قد عرفت الاشكال فيه، فالعمدة في دليله الاجماع على أنّ استيفاء عمل العامل لا بداعي المجّانية من أسباب الضمان، و لا بدّ فيه من امور ثلاثة: عدم قصد المجّانية، و أن يكون ببعث من المستوفي، و أن يعود نفع العمل اليه، اذ لولا الاخيران لم يصدق الاستيفاء.

قوله رحمه الله : **من النقض و الاعتراض.**

قد عرفت تماميّة الاعتراض كما عرفت.

بحث في بعض الاعمال المضمونة

قوله رحمه الله : خلافاً لاخرين .

فعن القواعد و جامع المقاصد و التذكرة أنّه له أجرة المثل لقاعدة ما يضمن بصحيحه ، و لاينافيه عدم حصول النـفع ، فـانّ القـراض الفـاسد يجب فيه أجرة المثل و ان لم يحصل نفع بالعمل لمالك .

و في المسالك تنظر فيه ، بأنّ الفرق بين عقد المسابقة و غيره من العقود الّتي يضمن بفاسدها ليس من جهة رجوع النفع و عـدمه ، بـل لانّ تـلك العقود اقتضت الامر بالعمل بخلاف هذا العقد فانّه لم يقتض ذلك ، فانّ قوله : سابقتك ، على معنى أنّ من سبق منّا فله كذا ، و قاعدة ما يـضمن لا دليل عليها كلية ، بل النزاع واقع في موارد ـ الخ .

و التحقيق : انّ عقود المراهنات و المغالبات غير عقود المعاوضات ، فانّ عقود المعاوضات يكون المعوّض عنه ممّا يرغب في وجوده مالك العوض ، فيبذل العوض بازائه و يوقع عقد المعاوضة بداعي حصوله في الخارج ، و لاجل ذلك يكون فعله في الخارج بداعي العـقد راجـعاً الى فعله بأمر باذل العوض المستفاد من ايقاع العقد ، فيكون مستوفياً له اذا كان العقد فاسداً ، و أمّا عقود المغالبة فالعمل فيها لا يكون محبوباً بل قد يكون مبغوضاً ، بل بعد ايقاع العقد يكون مبغوضاً طبعاً لما يترتّب عليه من الخسارة الّتي اقتضاها ، فاذا وقع جرياً على العـقد الفـاسد لا يكـون مستوفى لمالك العوض ، لما عرفت سابقاً من توقّف عنوان الاستيفاء على كون العـمل مـمّا يـعود نـفعه الى المسـتوفي ، و لا يكـون ذلك الاّ فـي المحبوب .

فالعوض في عقود المعاوضات من قبيل الثـواب و فـي المـراهـنات

والمغالبات من قبيل العقاب ، و المقصود من قولهم : يرجع نفعه الى المستوفي ، أنّه محبوب له ، سواء أكان من شؤونه مثل بناء داره و خياطة ثوبه ، أم لا يكون من ذلك مثل كنس المسجد و تعليم ولده الّذي يولد بعد وفاته و نحوهما .

و من ذلك تعرف الاشكال فيما ذكره الجماعة من عدم اعتبار حصول النفع في الضمان مستشهدين على ذلك بالضمان في القراض ، و ما في المسالك من موافقتهم على ذلك ، و من أنّ الموجب ليس هو ذلك بل الامر و هو غير موجود في المسابقة ، فالعمدة في وجه عدم الضمان الاصل بعد عدم ما يوجب الخروج عنه من عقد أو استيفاء أو نحوهما من أسباب الضمان ، فلاحظ و تأمّل .

عدم الفرق في الضمان بين علم الدافع و جهله

قوله ﵀ : على أنّه ملك المدفوع اليه.

قد يقال بأنّ العقد ليس الاّ الملكيّة باعتبار البائع و هي حاصلة ، اذ المفروض أنّه أنشأها و بنى على كون المشتري مالكاً ، و فيه انّ الملكيّة عند الشارع هي الملكيّة عند العرف ، و انّما الاختلاف في الاسباب المصحّحة للاعتبار .

فقد لايكون السبب الشرعي سبباً عند العرف كما قد لايكون السبب العرفي سبباً عند الشارع ، فالجاعل للملكيّة سواء أكان شرعيّاً أم عرفيّاً انّما يقصد جعل ذلك المفهوم الخاص لكن قد يتوصّل الى جعله بالسبب الّذي لا يكون عند الشارع سبباً ، فيكون التشريع منه في السبب لا غير لا في المسبّب بحيث يقصد جعل ملكية اخرى غير الملكيّة الشرعية ، فالعنوان الّذي يكون الدفع مقيّداً به حين فساد العقد هو ذلك المعنى

الخاص الّذي لم يجعل الشارع العقد الخاص سبباً ، لا معنى آخر و هو الملكيّة عند العرف كي يدعى حصوله ، فلاحظ .

عكس القاعدة ، أي: ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده

قوله رحمه الله : **فمعناه أنّ كلّ عقد .**

ممّا تقدّم في معنى الاصل تعرف معنى العكس ، و انّ كلّ عقد لا يقتضي ضماناً اذا كان صحيحاً لعدم كونه متضمّناً لمعاوضة ، فلا يقتضي ضمان المقبوض اذا كان فاسداً ، و سيأتي الاستدلال عليها في كلام المصنّف .

قوله رحمه الله : **بل المضمونة بناء على أنّ المراد.**

قد عرفت ما فيه .

قوله رحمه الله : **و غير ذلك من العقود اللازمة.**

يعني ممّا لا يتضمّن معاوضة .

هل تضمن العين المستأجرة فاسداً ؟

قوله رحمه الله : **و الظاهر أنّ المحكي عنه .**

المذكور في مجمع الفائدة في مسألة اشتراط ضمان العين في عقد الاجارة هو عدم ضمان العين على تقدير فساد العقد لفساد الشرط المذكور ، مستدلاً عليه بالاصل ، و بما تقرّر عندهم من أنّ كلّ ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده ـ انتهى» ، و لاجل ذلك لم يتّضح الوجه لما ذكره المصنف رحمه الله ، و لعلّه استفاده من كلام له في غير المسألة المذكورة .

قوله رحمه الله : **امّا لخروجها عن قاعدة .**

لعلّ ذلك ظاهر الرياض ، حيث استدلّ على الضمان بالخبر ولم يتعرّض للقاعدة أصلاً .

قوله رحمه الله : **و مورد العقد في الاجارة المنفعة .**

فيه انّ العين هي مورد الاجارة ، فيقال : آجرت الدار ، و لا يقال : آجرت المنفعة ، نعم المنفعة موضوع للمعاوضة ، لانّ اجارة الدار راجعة الى ايقاع المعاوضة بين منفعتها و بين الاجرة ، و كذا باب الاعارة ، فانّ موردها العين فيقال : أعرت الدار ، و ان كان راجعاً الى اباحة المنفعة .

و لو اريد من كون العين مورداً للعقد أنّها بسبب العقد صارت معنونة بعنوان خاص و صفة خاصة لم تكن قبل العقد ، فهو حاصل في العين المستأجرة لأنها بسبب العقد صارت موضوعاً لحق الاستيلاء عليها لاجل استيفاء المنفعة ، فهي أولى بأن تكون مورداً للعقد من العين في العارية .

اللّهم الاّ أن يقال : عقد الاجارة لمّا كان من عقود المعاوضة فهو ممّا يضمن بصحيحه ، لما عرفت من معنى الضمان بالصحيح ، فلا يكون ايضاً مورداً لتطبيق قاعدة ما لا يضمن بصحيحه الاّ بملاحظة الحيثيتين و هو غير ظاهر ، فموضوع العكس ما لا يكون من عقود المعاوضة فلا يشمل الاجارة .

و فيه انّه لو سلّم ذلك كان اللازم ايضاً القول بنفي الضمان لما يأتي من أدلّة القاعدة الّذي لا يفرق فيه بين المقام و غيره ، و عدم شمول القاعدة لا يوجب الضمان اذا كان دليلها شاملاً له .

قوله رحمه الله : **معارضة هنا بقاعدة اليد.**

لم يظهر الوجه في كون ذلك دليلاً على الضمان الاّ اذا كانت نتيجة المعارضة تخصيص القاعدة بالخبر ، اذ لو كانت تخصيص الخبر بالقاعدة

لكونها أخصّ منه مطلقاً تعيّن القول بنفي الضمان ، و كذا لو كانت النتيجة التساقط و الرجوع الى دليل آخر ، اذ المرجع في المـقام الاصـل و هـو يقتضي البراءة من الضمان كما هو ظاهر .

مع أنّه لا يظهر الفرق بين المقام و غيره في تحقق المعارضة المذكورة ، فاذا كانت وجهاً لنفي الضمان في المقام لزم سقوط القاعدة فـي جـميع مواردها .

قوله رحمه‌الله : **و الاقوى عدم الضمان .**

كما عرفت وجهه .

قوله رحمه‌الله : **غير مخصّصة بالعين المستأجرة و لا متخصصة.**

الاوّل اشارة الى ردّ الوجه الثاني ، و الثاني اشارة الى ردّ الوجه الاول ، و قد عرفت وجه ذلك ، فلاحظ و تأمل .

الموارد الّتي توهّم اطّراد القاعدة فيها

١ ـ الصيد الّذي استعاره المحرم

قوله رحمه‌الله : **فانّهم حكموا بضمان المحرم .**

قال في الشرائع : «لا يجوز للمحرم أن يستعير من مُحلّ صيداً ، لأنّه ليس له امساكه فلو أمسكه ضمنه »، و نـحوه فـي القـواعـد و التـحرير و غيرهما ، و ظاهرهم الضمان بمجرّد الامساك ، فيتوجّه النقض به على القاعدة المذكورة .

لكن في الجواهر حمل كلامهم على صورة ارساله بعد امساكه لوجوبه عليه ، و لانّ اطلاق كلامهم و ان كان يقتضي الضمان بمجرّد الامساك لكن من المعلوم ارادتهم صورة الارسال ، و عليه فلا يكون نقضاً على القاعدة ، لانّ الضمان بالاتلاف غير منفي في العارية الصحيحة و انّما المنفي فيها الضمان بالتلف .

هذا ، و لاجل كون ما في الجواهر بعيداً جزم المصنف رحمه الله بأنّهم حكموا بالضمان بمجرد الامساك ، فيتوجّه النقض به حينئذ .

قوله رحمه الله : ناقش الشهيد الثاني .

قال في المسالك في شرح عبارة الشرائع المتقدّمة :

« مقتضى عبارة المصنف رحمه الله و جماعة أنّه يضمنه مع التلف للمالك أيضاً بالقيمة ، لأنهم جعلوه من العواري المضمونة و ان لم يشترط فيها الضمان ، و دليله غير واضح ، اذ مجرّد تحريم استعارته لايدلّ على الضمان ، سواء أقلنا بفساد العقد أم بصحّته ، أمّا مع صحّته فالاصل في العارية عندنا أن تكون غير مضمونة الاّ أن يدلّ دليل عليه ، و لم يذكروا هنا دليلاً يعتمد عليه ، و أمّا مع فسادها فلانّ حكم العقد الفاسد حكم الصحيح في الضمان و عدمه ، كما أسلفناه في مواضع قاعدة كلية ـ انتهى ».

قوله رحمه الله : بعد البناء على أنّه يجب على المحرم ارساله.

يعني اذا قلنا بأنّه لايجب ارساله كما مال اليه في المسالك ، لاختصاص ما دلّ على وجوب الارسال بغير المملوك فلا يظهر قائل بالضمان كي يصحّ النقض في المقام ، و ان قلنا بوجوب الارسال فانّما هو للبناء على خروج الصيد عن ملك مالكه باستيلاء المحرم عليه ، و ذلك بمنزلة الاتلاف له فالضمان يكون بالاتلاف لا بالتلف ، كما لو جعل خلّه خمراً فلا يتوجه النقض به على القاعدة كما عرفت .

هذا ، و ظاهر عبارة المصنف رحمه الله لاتساعد على هذا المعنى ، بل ظاهرها انّ وجوب الارسال راجع الى وجوب الاتلاف و هو بنفسه من أسباب الضمان ، و لكنّه غير ظاهر ، فانّ وجوب أكل مال الغير عند المخمصة لا يوجب ضمانه الاّ في ظرف أكله و اتلافه .

بل قد يشكل الاوّل ايضاً في صورة علم المعير بالحكم ، فانّ الاتلاف الحاصل بوضع يد المستعير كان باذن المالك ، و الاتلاف باذن المالك لا يوجب الضمان .

نعم لايتوجّه الاشكال بذلك ، بناء على ما ذكره في الجواهر من اختصاص الضمان بصورة الارسال ، اذ الاذن بوضع اليد ليست اذناً في الارسال ، و مجرّد العلم بأنّ تكليف المستعير وجوب ارساله لا يقتضي الاذن به كما لا يخفى .

و يمكن دفع الاشكال على الاوّل بأنّ الاذن في الاتلاف انّما يوجب عدم الضمان اذا كان المأذون فيه محلاً ، اذ لا ولاية للمالك على الاذن في الحرام ، فالاذن بمنزلة العدم ، فتأمل .

٢ ـ المنافع غير المستوفاة من المبيع فاسداً

قوله رحمه‌الله : **التي لم يستوفها .**

أمّا المنافع المستوفاة فانّها مضمونة بالاستيفاء لا باليد ، فلا تكون مورداً للنقض .

قوله رحمه‌الله : **لانّ الثمن انّما هو بازاء العين .**

عليه تكون المنافع خارجة عن مورد العقد ، فلا تكون القاعدة متعرّضة لها ، بل يرجع في ضمانها الى دليل آخر من اليد أو قاعدة الاحترام أو غيرهما ممّا يأتي بيانه قريباً ، فلا يتوجّه النقض بها .

٣ ـ حمل المبيع فاسداً

قوله رحمه‌الله : **بناء على أنّه للبائع .**

اذ لو كان للمشتري فهو مضمون في البيع الصحيح ، لأنّه بعض المبيع فيكون مضموناً ببعض الثمن فلا يتوجّه النقض به .

هذا، و المشهور المنصور أنّه اذا لم يشترط أنّه للمشتري فهو للبائع، و حينئذ فاذا قبضه المشتري كان أمانة مالكية غير مضمونة، لا في الصحيح و لا في الفاسد، و لو قيل بأنّه غير مضمون في الصحيح و مضمون في الفاسد لم يتوجّه النقض به ايضاً لخروجه عن مورد العقد.

و منه يظهر عدم صحّة النقض بالاوصاف و الشروط المضمونة مع فساد العقد مع أنّها غير مضمونة مع صحّته، و وجه الظهور أنّها ليست مورداً للعقد بل خارجة عنه، فلا مانع من أن تكون مضمونة في الفاسد باليد أو بالاستيفاء، و ان لم تكن مضمونة في الصحيح لعدم كونه موضوعاً للمعاوضة.

٤ ـ الشركة الفاسدة

قوله رحمه الله: **بالشركة الفاسدة.**

لا يخفى أنّ عقد الشركة في نفسه انّما يقتضي الاشتراك في المالين، فان اشترط فيه جواز التصرف منهما أو من أحدهما ثبت على نحو ما شرط، و الاّ لم يقتض جواز التصرف بل يحرم التصرف من كلّ منهما الاّ باذن الاخر.

و عليه فما يقصد النقض به ان كان هو الشركة المقتضية لجواز التصرف كما هو الظاهر، فاذا فسدت و قلنا بعدم جواز التصرف فكما لا ضمان في الصحيح لا ضمان في الفاسد ايضاً، لكون المال أمانة و الامانة غير مضمونة و لو كانت فاسدة، و ان كان هو الشركة غير المقتضية لجواز التصرف لعدم التعرّض للتصرف في العقد لم يجز التصرف، سواء صحّ العقد أو فسد، و حينئذ يثبت الضمان مطلقاً ايضاً عملاً بعموم على اليد من دون مخصّص، فالنقض المذكور غير ظاهر.

مدرك عكس القاعدة

قوله رحمه الله: **على ما تقدّم من كلام الشيخ.**

تقدّم كلامه في صدر المسألة.

قوله رحمه الله: **امّا من الاقدام على الضمان.**

هذا الشقّ ممّا يتعرّض له الكلام المذكور، و انّما المستفاد منه نفي سبب الضمان غير العقد، و المفروض أنّ الصحيح منه لا يوجبه فكيف بالفاسد، نعم مقتضى تعليله الضمان فيما يضمن بصحيحه بالاقدام أنّ الضمان منتف في المقام لعدم الاقدام.

قوله رحمه الله: **مؤثّرة في رفع الضمان.**

هذا انّما يصحّ اذا كان البناء على ثبوت مقتضى الضمان في العقود الصحيحة، فيكون الصحيح رافعاً له و الفاسد لا رافعية فيه لفساده، لكن عرفت أنّ سوق كلام المبسوط ظاهر في عدم المقتضي للضمان غير العقد.

قوله رحمه الله: **فان قلت: انّ الفاسد.**

هذا ايراد على ما ذكره الشيخ في الاستدلال على عدم الضمان في الفاسد، لا على الخدشة الّتي ذكرها المصنف رحمه الله.

قوله رحمه الله: **و هي عموم ما دلّ على أنّ من لم يضمنه المالك.**

هذا العموم يستفاد من النصوص الواردة في المستعير و المرتهن و الودعي و المستبضع، و الاجير على العمل كالقصّار و الحمّال و الجمّال و نحوهم[1]، و المستأجر للعين و غير ذلك المتضمّنة لعدم

١ ـ عن اسحاق بن عمار قال: سألت ابا ابراهيم عليه السلام عن الرجل يرهن الرهن بمائة درهم،

و هو يساوي ثلاثمائة درهم فيهلك ، أعلى الرجل ان يرد على صاحبه مائتي درهم ، قال : نعم لانه اخذ رهناً فيه فضل وضيعه ـ الحديث (الكافي ٥: ٢٣٤ ، الفقيه ٣: ١٩٩، التهذيب ١٧٢:٧، الاستبصار ٣: ١٢٠، عنهم الوسائل ١٨: ٣٩١).

و عن سليمان بن خالد ، عن ابي عبدالله عليه السلام قال : اذا رهنت عبدا أو دابة فمات فلا شيء عليك ، و ان هلكت الدابة أو ابق الغلام فانت ضامن (الكافي ٥: ٢٣٦ ، التهذيب ٧: ١٧٣، الاستبصار ٣: ١٢١، عنهم الوسائل ١٨: ٣٨٨).

و عن ابان ، عمن اخبره ـ و في الفقيه : ابان عن ابي عبدالله ـ عن ابي عبد الله عليه السلام انه قال في الرهن : اذا ضاع من عند المرتهن من غير ان يستهلكه رجع في حقه على الراهن فأخذه ، فان استهلكه ترادّا الفضل بينهما (الكافي ٥: ٢٣٤ ، التهذيب ٧: ١٧٢، الاستبصار ٣: ١٢٠، عنهم الوسائل ١٨: ٣٨٧).

و عن وهب ، عن جعفر ، عن ابيه عليهما السلام ان عليا عليه السلام قال : من استعار عبداً مملوكا لقوم فعيب فهو ضامن ، بناءاً على أن العيب من ناحية المستعير (التهذيب ٧: ١٨٥، الاستبصار ٣: ١٢٥، عنهما الوسائل ١٩: ٩٤).

و عن الحلبي ، عن ابي عبدالله عليه السلام قال : سئل عن القصار يفسد ، قال : كل اجير يعطي الاجرة على أن يصلح فيفسد فهو ضامن (الكافي ٥: ٢٤١ ، التهذيب ٧: ٢١٩، الاستبصار ٣: ١٣١، عنهم الوسائل ١٩: ١٤١).

و عن السكوني ، عن ابي عبدالله عليه السلام قال : كان امير المؤمنين عليه السلام يضمن القصّار و الصبّاغ و الصائغ احتياطا على أمتعة الناس ـ الحديث (الكافي ٥: ٢٤٢ ، الفقيه ٣: ١٦٢، التهذيب ٧: ٢١٩ ، الاستبصار ٣: ١٣١، مستطرفات السرائر : ٦٣، عنهم الوسائل ١٩: ١٤٣).

و عن ابن ابي الصباح ، عن ابي عبدالله عليه السلام قال : سألته عن الثوب ادفعه الى القصّار فيحرقه ، قال : أغرمه ، فانك انما دفعته اليه ليصلحه و لم تدفعه اليه ليفسده (الكافي ٥: ٢٤٢ ، الفقيه ٣: ١٦١، التهذيب ٧: ٢٢٠، الاستبصار ٣: ١٣٢، عنهم الوسائل ١٩: ١٤٤).

و عن السكوني ، عن ابي عبدالله عليه السلام ان امير المؤمنين عليه السلام رفع اليه رجل استأجر رجلا ليصلح بابه ، فضرب المسمار فانصدع الباب ، فضمنه امير المؤمنين عليه السلام (الكافي ٥: ٢٤٣ ، التهذيب ٧: ٢١٩، الاستبصار ٣: ١٣٢، عنهم الوسائل ١٩: ١٤٤).

ضمانهم، و مقتضى ترك الاستفصال في بعضها عموم الحكم لصورتي صحة العقد و فساده.

فتدلّ هذه النصوص على أنّ المالك اذا استأمن غيره على ماله فدفعه اليه لم يكن له ضامناً، سواء أكان الاستيمان ثابتاً شرعاً لصحّة العقد أم غير ثابت لفساده.

فمنها صحيح الحلبي عن ابي عبد الله عليه السلام في الغسال و الصباغ: «ما سرق منهم من شيء فلم يخرج منه على أمر بيّن أنه قد سرق، و كلّ قليل له أو كثير فان فعل فليس عليه شيء ـ الحديث»[١].

و صحيح أبي بصير عنه عليه السلام: عن قصّار دفعت اليه ثوباً فزعم أنّه سرق من بين متاعه، قال: «فعليه أن يقيم البينة أنّه سرق من بين متاعه و ليس عليه شيء، فان سرق متاعه كلّه فليس عليه شيء»[٢].

و صحيح الحلبي عنه عليه السلام: «صاحب الوديعة و البضاعة مؤتمنان»[٣]، و قال: «ليس على مستعير عارية ضمان، و صاحب العارية و الوديعة مؤتمن»[٤].

+ و عن ابي بصير، عن ابي عبدالله عليه السلام قال: قضى امير المؤمنين عليه السلام في رجل كان له غلام فاستأجره منه صائغ أو غيره، قال: ان كان ضيع شيئا أو ابق منه فمواليه ضامنون (الكافي ٣٠٢:٥).

١ ـ الكافي ٢٤٢:٥، الفقيه ١٦١:٣، التهذيب ٢١٨:٧، الرقم: ٩٥٢، عنهم الوسائل ١٤١:١٩.

٢ ـ الكافي ٢٤٢:٥، الفقيه ١٦٢:٣، التهذيب ٢١٨:٧، الرقم: ٩٥٣، عنهم الوسائل ١٤٢:١٩.

٣ ـ عن الحلبي، عن ابي عبدالله عليه السلام قال: صاحب الوديعة و البضاعة مؤتمنان ـ الخ (الكافي ٢٣٨:٥، التهذيب ١٧٩:٧ و ١٨٣، الاستبصار ١٢٦:٣، عنهم الوسائل ٧٩:١٩).

٤ ـ التهذيب ١٨٢:٧، الاستبصار ١٢٤:٣.

فانّ التلف المسؤول عن حكمه ممّا يحتمل وقوعه بعد العقد بنحو تمتنع صحة العقد معه، و ترك الاستفصال يقتضي العموم لمثل ذلك، و مثل هذه النصوص كثير في الابواب المتفرقة، فراجعها.

أمّا صحيح الحلبي فدلالته على العموم ظاهرة، لانّ الظاهر من قوله عليه السلام: «مؤتمنان»، الاشارة الى قاعدة عدم ضمان المؤتمن، و الظاهر منه ايضاً و لو بقرينة اطلاق الموضوع الشامل لصورة التلف بنحو يكشف عن فساد العقد من أوّل الامر هو الائتمان العرفي الانشائي، فيشمل صورتي صحّة العقد و فساده، فتأمّل جيّداً.

قوله رحمه الله: بل ليس لك أن تتّهمه.

في رواية مسعدة بن صدقة عن ابي عبد الله عليه السلام: «ليس لك أن تتّهم من قد ائتمنته، و لا تأتمن الخائن و قد جرّبته»[1].

قوله رحمه الله: بطريق أولى.

هذه الاولويّة غير ظاهرة، نعم يمكن أن يدّعى انصراف عموم على اليد عن مثل ذلك، فانّ المرتكز العقلائي أنّ الوجه فيه احترام المال لاحترام مالكه، فكما لايشمل صورة ما لو كان المالك في مقام بذل ماله لغيره مجّاناً كما لو قدم طعامه الى ضيفه، كذلك لا يشمل صورة تمليكه له مجّاناً كما لو وهبه المال و دفعه اليه، بل اليد في الثاني أولى بانصراف العموم المذكور عنها، لانّ المالك في مقام قطع العلاقة عن المال بالمرّة بخلاف الأوّل.

عن زرارة قال: سألت ابا عبدالله عليه السلام عن وديعة الذهب و الفضة، قال: فقال: كل ما كان من وديعة و لم تكن مضمونة لا تلزم (الكافي ٥:٢٣٩، التهذيب ٧:١٧٩، عنهما الوسائل ١٩:٨٠).

١ ـ الكافي ٥:٢٩٨، التهذيب ٧:٢٣٢، الرقم: ١٠١١، عنهم الوسائل ١٩:٨٧.

۲ ـ وجوب رد المقبوض بالبيع الفاسد فوراً

قوله رحمه الله: **على تقدير عدم جواز التصرف فيه.**

الظّاهر أنّ هذا المقدار غير كاف في وجوب الرد، بل غاية ما يقتضي حرمة الامساك، و لا يتوقّف الفرار عن مخالفة الحرمة على الرد، بل يحصل بالتخلية، بل يحصل بوضعه في مكان لا يتمكّن المالك من الوصول اليه، فانّه لا يصدق التصرف حينئذ كما لا يصدق الرد، فاثبات وجوب الرد لا يكفي فيه ما دلّ على حرمة التصرف.

قوله رحمه الله: **كما يلوح من مجمع الفائدة.**

راجع الى نفي الخلاف على التقدير المذكور.

قوله رحمه الله: **الاّ أن يقيّد بغيرها بأدلّة نفي الضرر.**

لو قام دليل على وجوب الرد فلا فرق بين المؤونة الكثيرة و القليلة في صلاحية عموم نفي الضرر لنفي وجوب الرد المتوقّف على المؤونة لاطلاق دليله، نعم اذا كانت المؤونة القليلة غير معتدّ بها في صدق الضرر عرفاً فالعموم المذكور لا يرفع وجوب الرد اذا توقّف عليها.

قوله رحمه الله: **لقوله عجل اللّه تعالى فرجه.**

هذا التوقيع مروي عن احتجاج الطبرسي [1].

قوله رحمه الله: **كفى عموم قوله صلى الله عليه وآله.**

في موثق سماعة عن ابي عبد الله عليه السلام في حديث: قال رسول اللّه

---

١ ـ عن ابي الحسين محمد بن جعفر الاسدي، عن ابي جعفر محمد بن عثمان العمري رحمه الله، عن صاحب الزمان عجل الله تعالى فرجه، قال: فلا يحل لاحد ان يتصرف في مال غيره بغير اذنه (الاحتجاج: ٤٧٩، اكمال الدين: ٥٢٠. عنهما الوسائل ٩: ٥٤٠، ٢٥: ٣٨٦).

صلى الله عليه وآله : «من كانت عنده أمانة فليؤدّها الى من ائتمنه عليها ، فانّه لا يحلّ دم امرىء مسلم و لا ماله الاّ بطيبة نفسه »[١].

و تعليق الحل بالمال في نفسه و ان كان لا يخلو من اجمال ، لاحتمال كون المقدّر هو الاستعمال ، و كونه الانتفاع ، و كونه التصرف ، لكن بقرينة سوق تحريم المال مساق تحريم الدم المراد منه اتلافه و اعدامه يكون ظاهراً في اتلاف المال ، الاّ أنّ ذلك لما لم يناسب جعله علّة لوجوب أداء الامانة تعيّن حمله على عموم المنع لحبسه و اتلافه و امساكه و انواع التصرف فيه .

نعم يشكل اثبات وجوب الردّ بالمعنى الوجودي به ، لانّ عموم المنع

---

١ ـ الكافي ٧:٢٧٣، الفقيه ٤:٦٦، عنهما الوسائل ٥:١٢٠ .

و عن تحف العقول ، عن رسول الله صلى الله عليه وآله انه قال في خطبة حجة الوداع : ايها الناس انما المؤمنون اخوة ، و لا يحل لمؤمن مال اخيه الا عن طيب نفس منه (تحف العقول : ٣٤) .

عن رسول الله صلى الله عليه وآله انه قال : المسلم اخو المسلم ، لا يحل ماله الا عن طيب نفسه (عوالى اللئالي ٣:٤٧٣، عنه المستدرك ٣ :٣٣١) .

و عنه صلى الله عليه وآله انه قال : لا يحلبنّ أحدكم ماشية اخيه الا باذنه (عوالى اللئالي ١ :١٤٦ ، عنه المستدرك ٣:٣٣١) .

عن محمد بن زيد الطبري قال : كتب رجل من تجار فارس من بعض موالى ابي الحسن الرضا عليه السلام يسأله الاذن في الخمس ، فكتب اليه : بسم الله الرحمن الرحيم . . . لا يحل مال الا من وجه احلّه الله (الكافي ١:٤٦٠، المقنعة :٤٦، التهذيب ٤:١٤٠، الاستبصار ٢:٦٠، عنهم الوسائل ٩:٥٣٩) .

أما اهل السنة ، فروي البغوي في مصابيح السنة ٢:١٤ عن سعيد بن زيد ، و البيهقي في السنن الكبرى ٦:٩٧ عن ابن عباس ، و روي ابو بكر الهيتمي في مجمع الزوائد ٤:١١٧، و احمد في المسند ٥:١١٣ ، و البيهقي في السنن ٦:٩٧ ، و الهندي في كنز العمال ٥:٣٢٧ ، كلهم في الغصب عن عمرو بن يثربي الضبي ، قال رسول الله صلى الله عليه وآله : لا يحل لامرء من مال اخيه الا ما طابت به نفسه.

للافعال المتعلّقة به انّما يقتضي التخلية بينه و بين المالك ، و رفع الاستيلاء عليه الحاصل ذلك بمجرّد رفع يده عنه ، و لا يتوقّف على نقله الى مالكه .

و لا ينافي ذلك وجوب الاداء المذكور في صدر الحديث ، اذ ظهور التعليل مقدّم على ظهور المعلّل ، فيتعيّن حمل الاداء في الصدر على ما يقابل الحبس و المنع ، أعني تحصيل الاداء من قبله لا غير ، و التوقيع الشريف أولى بعدم الدلالة على ذلك ، فالاستدلال على وجوب الردّ فوراً بالحديثين غير ظاهر .

قوله رحمه الله :**انّما ملّكه اياه عوضاً .**

هذا يختصّ بالمقبوض في العقود المعاوضية ، و محلّ الكلام أعمّ ، فالاولى في الجواب أن يقال : انّ الدفع في العقود التمليكية معاوضية كانت أو مجانية انّما كان بعنوان كونه ملكاً للمدفوع اليه ، فالاذن بالتصرف لو فرضت فهي اذن بتصرف المالك في ماله ، و مثلها غير كاف في الجواز ، بل لا بدّ أن تكون بعنوان كونه ملكاً للاذن لا للقابض ، مع أنّك عرفت في مبحث المعاطاة أنّ انشاء مثل هذه الاذن غير ممكن لعدم ترتّب الاثر عليها ، فتأمّل .

و أمّا العقود الاستيمانية ، فالاذن بالاستيلاء انّما كان بعنوان مضمون العقد الجاري عليه الدفع فمع انتفائه تنتفي ، نعم قد يحرز طيب النفس بالتصرف في العقود التمليكية المجانية ، كما لو وهبه ماله مجّاناً فانّه قد يحرز رضى الواهب بالتصرف على تقدير فساد الهبة ، فان حصل ذلك جاز التصرف لكن ذلك غير الاذن في القبض بعنوان التمليك المقصود للمالك الّذي هو محلّ الكلام ، اذ قد لا يجوز الرضى ايضاً لاحتمال مانع اتّفاقي عنه .

هل يجب رد المقبوض الى مالك مطلقاً ؟

قد يتوهّم ممّا ذكرنا في وجه عدم عموم قاعدة على اليد للمقبوض بعد التمليك المجاني ، من أنّ الحكم بالضمان ناشىء من احترام المالك و ماله ، فلا يشمل صورة ما لو كان المالك في مقام رفع اليد عن ماله ، كما لا يشمل صورة ما لو كان باذلاً له لغيره ، أنّ ذلك مطّرد في مثل : «لا يحلّ مال امرىء مسلم» ، و «لا يجوز لاحد أن يتصرف» ، فانّ تحريم التصرف بالمال ايضاً ناشىء من احترام المالك و ماله فينصرف عن الصورة المذكورة ايضاً ، و مقتضاه جواز التصرف في المقبوض بعقد الهبة الفاسدة .

و يدفعه ثبوت الفرق بين دليل الضمان و دليل حرمة التصرف ، باشتمال الثاني على استثناء صورة الاذن ، فانّ الاقتصار على صورة الاذن ظاهر في تحديد الاحترام بذلك و الغاء الانصراف و عدم العناية بخلاف دليل الضمان ، فانّه لمّا لم يتعرّض فيه لصورة الاذن و لا لغيرها كان ذلك ظاهراً في العناية بالانصراف على اطلاقه ، اذ لو لم يكن الامر كذلك لكان عليه البيان و تحديد مقدار الاحترام ، كما لعلّه ظاهر بالتأمّل ، فلا يحسن قياس أحد الدليلين بالاخر .

قوله رحمه الله : **صورة الجهل .**

يعني جهل القابض بالفساد .

٣ ـ ضمان المنافع المستوفاة

قوله رحمه الله : **ما تقدّم من التحرير .**

هذا لم يتقدّم في هذا الامر و لا فيما قبله ، و لم أعـرف مـوضعاً مـن المباحث السابقة تقدّم فيه ذلك [1].

قوله رحمه الله : **الاتّفاق على الحكم .**

لانّ المغصوب مضمون على قابضه بذاته و بمنافعه المستوفاة .

قوله رحمه الله : **بناء على صدق المال على المنفعة.**

لو تمّ ذلك فانّما يقتضي الحديث الشريف مـجرّد الحكـم التكـليفي المستلزم للاثم عند المخالفة مع اجتماع شروط التنجيز ، و لا يدلّ على الضمان ، اذ لا ملازمة بين جهة التصرف و بين الضمان ، كما لا ملازمة بين جواز التصرف و عدم الضمان ، و كان الاولى الاسـتدلال بـقاعدة : «مـن أتلف» ، لانّ الاستيفاء للمنفعة اتلاف لها فيوجب ضمانها .

لكن يبقى الاشكال في صحّة المبنى ، أعني كون المنفعة مالاً ، و قد تقدّم و يأتي التعرّض له .

بل يمكن أن يقال بعدم اعتبار المال في قاعدة الاتلاف لعموم دليلها ، مثل : «من أضرّ بطريق المسلمين فهو له ضامن» [2]، و : «كلّ من أعطيته أجراً ليصلح فأفسد فهو ضامن» [3] ، و ما ورد في القصار يخرق الثوب من قوله

---

١ ـ في المكاسب : «ثر» ، و المراد به السرائر لا التحرير ، و قد تقدم كلام السرائر ، فاشكال الماتن رحمه الله في غير محلّه.

٢ ـ عن ابي الصباح الكناني ، قال : قال أبو عبدالله عليه السلام : من أضـرّ بشـيء مـن طـريق المسلمين فهو له ضامن (التهذيب ۱۰:۲۳۰، الكافي ۷:۳٥۰، الفقيه ٤:۱۱٥، عـنهم الوسـائل ۲۹:۲٤۱).

٣ ـ عن الحلبي ، عن أبي عبدالله عليه السلام في الرجل يعطي الثوب ليصبغه فيفسده ، فقال : كل عامل أعطيته أجراً على أن يصلح فأفسد فهو ضامن (الفقيه ۳:۱٦۱ ، الرقم : ۷۰٤، عنه الوسـائل ۱۹:۱٤۷).

عليه السلام: «فهو ضامن بما جنت يده»[١]، و نحو ذلك من موارد الضمان بالتعدي الّتي لاتحصى، و جملة منها موارد العقود الاستيمانية كالوكالة و المضاربة و الرهن و الوديعة و الاجارة و غيرها.

الاّ أن يقال: الادلّة المذكورة و ان لم يعتبر في موضوعها المال لكنّها واردة في خصوص ما كان أمراً خارجيّاً من عين أو صفة، فلاتشمل ما كان اعتباريّاً محضاً كالمنافع، فيشكل التمسك بها لاثبات ضمانها.

فالعمدة فيه مضافاً الى الاتفاق الّذي لا يقدح فيه خلاف الوسيلة، لأنّه لشبهة أنّه من الاحكام العرفية الّتي لم يثبت الردع عنها، فلاحظ.

قوله رحمه الله: ثمناً في البيع.

تقدّم الكلام فيه في تعريف البيع.

قوله رحمه الله: و صداقاً في النكاح.

هذا يتوقّف على اشتراط كون الصداق مالاً على نحو لا يقبل التخصيص، و في الامرين منع ظاهر.

ما استدلّ به على عدم ضمان المنافع المستوفاة

قوله رحمه الله: خلافاً للوسيلة، فنفى الضمان.

قال فيها: «فاذا باع أحد بيعاً فاسداً و انتفع به المبتاع و لم يعلما بفساده

- عن أبي الصباح قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن القصار هل عليه ضمان؟ فقال: نعم كلّ من يعطي الاجر ليصلح فيفسد فهو ضامن (التهذيب ٧:٢٢٠، الاستبصار ٣:١٣٢، عنهما الوسائل ١٩:١٤٥).

١ ـ عن اسماعيل بن الصباح، عن أبي عبدالله عليه السلام عن القصار يسلّم اليه المتاع فيخرقه أو يحرقه أيغرمه؟ قال: غرمه بما جنت يده (الفقيه ٣:١٦١، التهذيب ٧:٢٢١، الاستبصار ٣:١٣٣، الكافي ٥:٢٤٢، عنهم الوسائل ١٩:١٤٣ ـ ١٤٤).

ثمّ عرفا و استردّ البائع المبيع ، لم يكن له استرداد ثـمن مـا انـتفع بـه أو استرداد الولد ، ان حملت الام عنده و ولدت ، لأنّه لو تلف لكان من ماله و الخراج بالضمان ـ انتهى ».

قوله رحمه الله : **فالباء للسببية أو المقابلة.**

باء السببية هي الداخلة على الاسباب مثل قوله تعالى : « **أُدْخُلُوا الْجَنَّةَ بِما كُنْتُمْ تَعْمَلُونَ** »[1] ، و باء المقابلة هي الداخلة على الاعواض ، مثل : اشتريته بألف و كافيت احسانه بضعف .

و من ذلك يظهر أنّ الاستدلال بالحديث المذكور انّما يتمّ بناء على كون الباء للسببية ، اذ لو كانت للمقابلة دلّت على أنّه اذا ثبت الخراج يكون الضمان عوضاً عنه[2] ، و هذا غير الدعوى .

قوله رحمه الله : **مثل قوله عليه السلام في مقام الاستشهاد.**

الظاهر أنّ هذا أجنبي عن هذا المعنى ، بل المقصود منه التنبيه على أنّ العين في مدّة الخيار ملك للمشتري ، فالمنفعة تكون له للتبعية بين العين

---

١ ـ النحل : ٣٢.

٢ ـ عن عائشة قالت : قال رسول الله صلى الله عليه وآله : الخراج بالضمان ، و في جملة اخرى من الروايات : انه قضي رسول الله صلى الله عليه وآله ان الخراج بالضمان ، و في جملة اخرى عن رسول الله صلى الله عليه وآله : الغلة باضمان .

عوالي اللئالي ١:٢١٩، الرقم :٨٩.

سنن النسائي ٢:٢١٥ كتاب البيع باب الخراج بالضمان ، سنن ابي داود ٣:٢٨٤ الرقم :٣٥٠٨ كتاب البيع باب من اشتري عبداً فاستغله ثم وجد به عيباً، سنن البيهقي ٥: ٣٢١ كتاب البيع باب المشتري يجد فيما اشتراه عيباً و قد استغله زماناً، مصابيح السنة للبغوي ٢:١٠ كتاب البيع باب المنهي عنه من البيوع، مسند ابي داود الطيالسي ٦:٢٠٦، الحاكم للمستدرك ٢:١٥ كتاب البيع ، المسند لاحمد ٦:٢٠٨، سنن ابن ماجة ٢:٣١ كتاب البيع باب الخراج بالضمان ، تاريخ بغداد للخطيب ٨:٢٩٨ ترجمة خالد بن مهران، كنز العمال ٢:٢١١ الرقم :٤٥٧١ باب خيار العيب.

و المنفعة في الملك ، و كذا الخبر الوارد في الرهن ، فلاحظهما [1].

و ليس المقصود سببيّة الضمان لملك الخراج ، و أن الضامن لعين يملك خراجها و لا قاعدة : من له الغنم فعليه الغرم .

قوله رحمه الله : **ليس هو ما أقدم عليه المتبايعان .**

يحتمل أن يكون مراد المفسّر ممّا ذكره في صدر عبارة التفسير من الاقدام على الضمان التمهيد للضمان الّذي هو بازائه الخراج ، و هو الضمان بمعنى اسم المصدر الناشيء من القبض الجاري على مقتضى عقد المعاوضة الفاسدة ، لا تطبيق الضمان في الرواية على الضمان بالمعنى المصدري ، فلا يرد عليه ما ذكر .

---

١ ـ عن اسحاق بن عمار قال : أخبرني من سمع ابا عبدالله عليه السلام يقول و قد سأله رجل و أنا عنده ، فقال له : رجل مسلم احتاج الى بيع داره فمشي الى اخيه فقال له : أبيعك داري هذه و تكون لك أحب الى من أن تكون لغيرك ، على أن تشترط لي اني اذا جئتك بثمنها الى سنة تردها عليّ ، قال : لا بأس بهذا ان جاء بثمنها الى سنة ردّها عليه ، قلت : فانها كانت فيها غلة كثيرة فأخذ الغلة لمن تكون الغلة ، فقال : الغلة للمشتري ، ألا ترى انها لو احرقت لكانت من ماله (الكافي ٥:١٧١، الفقيه ٣:١٢٨، التهذيب ٧:٢٣، عنهم الوسائل ١٨:٢٠) .

و عن معاوية بن ميسرة قال : سمعت ابا الجارود يسأل ابا عبدالله عليه السلام عن رجل باع دارا له من رجل ، و كان بينه و بين الرجل الذي اشتري منه الدار حاصر ، فشرط انك ان اتيتني بمالي ما بين ثلاث سنين فالدار دارك ، فأتاه بماله ، قال : له شرطه ، قال له ابوالجارود : فان ذلك الرجل قد أصاب في ذلك المال في ثلاث سنين ، فقال : هو ماله ، و قال ابوعبدالله عليه السلام : أرايت لو ان الدار احترقت من مال من كانت تكون الدار دار المشتري (التهذيب ٧:١٧٦، عنه الوسائل ١٨:٢٠) ، الحاصر : الجدار .

و عن اسحاق بن عمار ، قال : قلت لابي ابراهيم عليه السلام : الرجل يرتهن الرهن الغلام أو الدار فيصيبه الافة على من يكون ، قال : على مولاه ، ثم قال : أرايت لو قتل قتيلا على من كان يكون ، قلت : هو في عنق العبد ... ثم قال : أرايت لو كان ثمنه مائة دينار فزاد و بلغ مائتي دينار لمن كان يكون ، قلت : لمولاه ، قال : و كذلك يكون عليه ما يكون له (التهذيب ٧:١٧٢) .

ثمّ انّ هذا التفسير ليس للوسيلة ، و لعل الوجه في بـنائه عـلى عـدم ضمان المنافع في المقام و ضمانها في المغصوب أنّ دليل ملك الخراج بالضمان مخصّص في المغصوب بـصحيح أبـي ولاد [٥] لا لعـدم انـطباق

---

٥ ـ قال : اكتريت بغلا الى القصر ابن هبيرة ذاهباً و جائياً بكذا و كذا ، و خرجت في طلب غريم لي ، فلما صرت قرب قنطرة الكوفة خبرت ان صاحبي توجه الى النيل ، فتوجّهت نحو النيل ، فلما أتيت النيل خبّرت ان صاحبي توجه الى بغداد ، فاتبعته و ظفرت به و فرغت مما بيني و بينه و رجعنا الى الكوفة ، و كان ذهابي و مجيئي خمسة عشر يوما ، فأخبرت صاحب البغل بعذري و أردت ان أتحلّل منه مما صنعت و أرضيه ، فبذلت له خمسة عشر درهما ، فأبي أن يقبل ، فتراضينا بأبي حنيفة ، فأخبرته بالقصة و أخبره الرجل ، فقال لي : و ما صنعت بالبغل ، فقلت : قد دفعته اليه سليماً ، قال : نعم بعد خمسة عشر يوما، فقال : ما تريد من الرجل ، قال : اريد كري بغلي فقد حبسه على خمسة عشر يوما ، فقال : ما أري لك حقا لانه اكتراه الى قصر ابن هبيرة فخالف و ركبه الى النيل و الى بغداد فضمن قيمة البغل و سقط الكري ، فلما رد البـغل سليما و قبضته لم يلزم الكري .

قال : فخرجنا من عنده ، و جعل صاحب البغل يسترجع ، فرحمته مما أفتي به ابوحنيفة ، **فأعطيته شيئا و تحلّلت** منه ، فحججت تلك السنة فأخبرت ابا عبد اللـه عليه السلام بـما أفـتي بـه ابوحنيفة ، فقال : في مثل هذا القضاء و شبهه تحبس السماء ماءها ، و تمنع الارض بركتها ، قال : فقلت لابي عبدالله عليه السلام : فما تري انت ، قال : أري له عليك مثل كري بغل ذاهبا من الكوفة الى النيل ، و مثل كري بغل راكبا من النيل الى بغداد ، و مثل كري بغل من بغداد الى الكوفة توفيه اياه، قال : فقلت : جعلت فداك اني قد علفته بدراهم فلي عليه علفه ، فقال : لا لانك غاصب ، فقلت : أرايت لو عطب البغل و نفق أليس كان يلزمني ، قال : نعم قيمة بغل يوم خالفته ، قلت : فان أصاب البغل كسر أو دبر أو غمز (و في التهذيب : عقر ، و في الوافي : غمر) فقال : عليك قيمة ما بين الصحة و العيب يوم ترده عليه ، قلت : فمن يعرف ذلك ، قال : أنت و هو اما أن يحلف هو على القيمة فتلزمك ، فان رد اليمين عليك فحلفت على القيمة لزمه ذلك ، أو يأتي صاحب البـغل بشهود يشهدون أن قيمة البغل حين اكري كذا و كذا فيلزمك ، قلت : اني كنت أعطيته دراهم و رضي بها و حلّلني ، فقال : انما رضي بها و حلّلك حين قضي عليه ابوحنيفة بالجور و الظلم ،

الضمان فيه على الضمان في المغصوب ، لكون المراد منه المعنى المصدري .

كما لا يرد عليه أنّ الباء كما يحتمل أن تكون سببية يحتمل أن تكون للمقابلة فيكون الكلام مجملاً ، اذ فيه انّ الاصل أن تكون سببية ، بل لعل المقابلة راجعة للسببية بنحو من التجوّز و العناية .

قوله رحمه الله : **فالمراد بالضمان الّذي بازائه الخراج.**

هذا ايضاً لا قرينة عليه ، و لا يدلّ عليه طبع الكلام ، اذ كما يحتمل أن يكون المراد المعنى المصدري ، و هو التعهّد بالشيء يحتمل أن يكون المراد اسم المصدر ، و هو كونه في العهدة ، و ايضاً كما يحتمل أن يكون المضاف اليه الضمان أعني المضمون نفس العين ذات الخراج ، يحتمل أن يكون نفس الخراج ،.

و ايضاً كما يحتمل أن يكون المراد أنّ الخراج يكون للضامن بسبب ضمانه يحتمل أن يكون المراد أنّ الخراج يكون عليه بسبب ضمانه ، لانّ ضمان العين يستوجب ضمان منافعها .

و مع هذه الاحتمالات يسقط الكلام عن الحجية في الجميع ، حيث لا قرينة على التعيين، و لم يعرف مورد له بخصوصه كي يمكن أن يستفاد منه معنى بعينه .

و لكن ارجع اليه فأخبره بما افتيتك به ، فان جعلك في حل بعد معرفته فلا شيء عليك بعد ذلك .

قال ابوولاد : فلما انصرفت من وجهي ذلك لقيت المكاري ، فأخبرته بما أفتاني به ابوعبدالله عليه السلام و قلت له : قل ما شئت حتى اعطيكه ، فقال : قد حببت اليّ جعفر بن محمد عليهما السلام و وقع في قلبي له التفضيل و أنت في حل ، و ان احببت ان ارد عليك الذي اخذت منك فعلت (الكافي ٥: ٢٩٠، التهذيب ٧: ٢١٥) ، صحيحة .

قوله رحمه الله : المالك ، فتأمّل .

يحتمل أن يكون اشارة الى منع اقتضاء العارية ملكاً لا للمنفعة و لا للانتفاع ، بل انّما توجب الاباحة ، و يحتمل أن يكون اشارة الى أنّه يكفي في كون الخراج بالضمان أنّه يستوفى الخراج بلا ضمان له مع ضمان العين .

قوله رحمه الله : في شراء الجارية المسروقة .

و هو خبر زرارة : « قلت لابي عبد الله عليه السلام : رجل اشترى جارية من سوق المسلمين فخرج بها الى أرضه فولدت منه أولاداً ، ثمّ انّ أباها يزعم أنّها له و أقام على ذلك البينة ، قال عليه السلام : يقبض ولده و يدفع اليه الجارية و يعوّضه في قيمته ما أصاب من لبنها و خدمتها »[1] .

قوله رحمه الله : و أضعف من ذلك .

١ ـ التهذيب ٧:٨٣، الاستبصار ٣:٨٥، عنهما الوسائل ٢١:٢٠٤.

و عن جميل بن دراج ، عن بعض اصحابنا ، عن ابي عبدالله عليه السلام في رجل اشترى جارية فاولدها فوجدت مسروقة ، قال : يأخذ الجارية صاحبها و يأخذ الرجل ولده بقيمته (الكافي ٥:٢١٥، التهذيب ٧:٦٥، الاستبصار ٣:٨٣، عنهم الوسائل ٢١:٢٠٤) .

و عن زرارة قال : قلت لابي جعفر عليه السلام : الرجل يشتري الجارية من السوق فيولدها ثم يجيء رجل فيقيم البينة على أنها جاريته و لم يبع و لم يهب ، قال : فقال : ترد اليه جاريته و يعوضه مما انتفع ، قال : كان معناه قيمة الولد (الكافي ٥:٢١٦، التهذيب ٧:٦٤، الاستبصار ٣:٨٤ ، عنهم الوسائل ٢١:٢٠٤) .

و عن جميل بن دراج ، عن ابي عبدالله عليه السلام في الرجل يشتري الجارية من السوق فيولدها ثم يجيء مستحق الجارية ، فقال : يأخذ الجارية المستحق و يدفع اليه المبتاع قيمة الولد و يرجع على من باعه بثمن الجارية و قيمة الولد التي اخذت منه (التهذيب ٧:٨٢، الاستبصار ٣:٨٤ ، عنهما الوسائل ٢١:٢٠٥) .

انّما كان أضعف لأنّه ليس في موردها عقد فاسد بخلاف ما قبلها ، فانّ فيه عقداً بين غير مالكين.

حكم المنافع الفائتة بغير استيفاء

قوله رحمه الله : **عبارة السرائر المتقدمة .**

يعني قوله : «انّ البيع الفاسد يجري عند المحصّلين مجري الغصب في الضمان ، و من المعلوم أنّ منافع المغصوب مضمونة و لو لم تكن مستوفاة».

قوله رحمه الله : **الاّ أن يندرج في عموم على اليد**[1] **.**

لكن لو اندرجت في العموم المذكور اقتضى ضمانها و ان لم تكن أموالاً ، اذ لم يؤخذ في موضوعه عنوان المال .

قوله رحمه الله : **لا يوجب صدق الاخذ .**

لا يخفى أنّ الاخذ و الحصول في اليد متقاربان مفهوماً ، فاذا صدق الحصول في اليد صدق الاخذ ، فالاولى أن يقال : انّ الاكتفاء في تحقّق قبضها حيث يكون موضوعاً لحكم شرعي بقبض العين لا يكفي في فهمها من اطلاق : ما أخذت .

قوله رحمه الله : **بقبض الاعيان مشكلة .**

لما عرفت في الامر الاوّل ، من أنّ الاستيلاء على شيء يتوقّف على كونه موجوداً حقيقيّاً ، و لا يصح بالاضافة الى المنافع الّتي هي من الامور

---

١ ـ تفسير أبي الفتوح الرازي ١:٧٨٤، عوالى اللئالي ٢:٣٤٥، عنهما المستدرك ٨:١٤٩، ١٧:٨٨.

رواه الحسن البصري ، عن سمرة بن جندب ، عن النبي صلى الله عليه وآله ، راجع سنن البيهقي ٦ : ٩٠، كتاب العارية ، و كنز العمال ٥ : ٢٥٧.

الاعتبارية ، و لا وجود لها حال الاستيلاء على العين ، فنسبة الاستيلاء اليها يتوقّف على نحو من التجوز و العناية ، و ذلك ممّا لا قرينة عليه ، فيختصّ الدليل بضمان العين لا غير .

قوله ﵀ : **و اتلافه بلا عوض .**

قد عرفت أنّه لا يقتضي الضمان ، و انّما يقتضي حرمة التصرف لا غير ، من دون فرق بين الاستيفاء و عدمه ، نعم يمكن التمسك على الضمان بالاستيفاء بقاعدة : من أتلف ، لكن عرفت الاشكال في ذلك ، و أنّ أدلّتها مختصّة بالاضرار في العين بالجناية على ذاتها أو صفاتها ، فلا يشمل استيفاء منافعها .

قوله ﵀ : **قد يدّعى شمول قاعدة.**

فيه انّ المنافع في البيع ليست مورداً للعقد فلا تكون موردا للقاعدة ، فالمرجع في ضمانها و عدمه غير القاعدة ، من دليل أو أصل .

قوله ﵀ : **و الانصاف أنّ للتوقّف في المسألة.**

لم يذكر الوجه في رفع اليد عن الاصل أو التوقف عن العمل به ، ليكون التوقّف مقتضى الانصاف .

الاقوال في المسألة

قوله ﵀ : **خمسة : الاوّل الضمان.**

عدّ التوقّف من الاقوال في المسألة كما ترى .

قوله ﵀ : **الثالث : الضمان الاّ مع علم البايع.**

كأنّ الوجه في هذا التفصيل ما تقدّم في قاعدة : ما يضمن بصحيحه ، فراجع .

قوله ﵀ : **فالقول بالضمان لا يخلو عن قوّة.**

لكن الاعتماد على نقل الاجماع مع تحقّق الخلاف لا يخلو من ضعف، و لا سيّما مع البناء على عدم حجّية الاجماع المنقول مع تحقّق الخلاف، على أن اجماع التذكرة انّما حكي في الغصب لا في مطلق اليد العادية، بل من المحتمل أن يكون المراد من اليد العادية الغصب بقرينة التفريع، كما أنّ من المحتمل كون المراد مما في السرائر من قوله: «بمنزلة المغصوب»، هو ضمان العين لا غير.

فاذاً البناء عدم على ضمان المنافع غير المستوفاة، كما يقتضيه الاصل الّذي لا مخرج عنه، هو المتعيّن.

٤ ـ الدليل على ضمان المثل في المثلي و ضمان القيمة في القيمي

تعريف المثلي و القيمي

قوله رحمه الله: **ما يصدق عليه اسم الحقيقة.**

على هذا يكون المراد من أجزائه مصاديقه، فموضوع المثلية هو الكلي الّذي تتساوى افراده و مصاديقه في القيمة، لكن ظاهر الاجزاء الابعاض الّتي يتألّف منها الكلّ، فيكون موضوع المثلية نفس الفرد، و مثليّته بلحاظ تساوى أجزائه معه.

قوله رحمه الله: **و لذا قيل في توضيحه.**

هذا التوضيح هو الّذي ذكرنا أنّه ظاهر العبارة، و عليه فلا يناسب جعله توضيحاً لما سبق لاختلافهما.

و يمكن دفع ذلك بأنّه اذا تساوت مصاديقه في القيمة مع ملاحظة نسبة المقدار فلا بدّ أن يستوي الجزء و الكلّ في القيمة مع ملاحظة النسبة، لانّ الجزء ايضاً مصداق له كالكلّ فيكونان مصداقين كغيرهما، فلا بدّ من

تساويهما في القيمة مع ملاحظة النسبة كغيرهما.

الاّ أن يقال: التفسير الاوّل لا يقتضي توقّف عنوان المثلي على كون أبعاض المصداق مصداقاً بخلاف ما ذكر في التوضيح، فانّه يتوقّف على ذلك، و لذا يكون الدرهم و الدينار و المصوغ من النقدين مثليّاً على الاوّل و قيميّاً على الثاني.

قوله رحمه الله: **و من هنا رجّح الشهيد الثاني.**

يعني ممّا ذكره في التوضيح.

قوله رحمه الله: **الاّ أن يقال: انّ الدرهم مثلي.**

لكن عرفت أنّه على هذا يكون المصوغ من النقدين ايضاً مثليّاً مثل الخاتم و السوار و الخلخال و نحوها، لتساوى أمثالها في القيمة كالدرهم الصحيح، كما عرفت ايضاً أنّ هذا رجوع الى تفسير المثلي بما ذكره أوّلاً، أعني ما تساوت أفراده في القيمة، و هو غير مبنى النقض بالدرهم، اذ هو مبنيّ على ما ذكر في التوضيح.

قوله رحمه الله: **فلا يرد ما قيل.**

القائل المحقق الاردبيلي في مجمع البرهان.

قوله رحمه الله: **بعيد جدّاً.**

لم يظهر الفرق بين انطباق التعريف و انطباق المعرّف في القرب و البعد، اذ انطباق المعرّف انّما هو بلحاظ مفهومه و هو نفس التعريف.

قوله رحمه الله: **و هو أبعد.**

لأنه يكفي عندهم في ضمان المثلي تفريغ الذمة بدفع المثل لا غير.

قوله رحمه الله: **و لذا اختار العلامة في التذكرة.**

قال في التذكرة: «مال الفرض ان كان مثليّاً وجب رد مثله اجماعاً ـ الى أن قال: ـ و ان لم يكن مثليّاً فان كان ممّا ينضبط بالوصف، و هو ما يصحّ

السلف فيه كالحيوان و الثياب ، فالاقرب أنّه يضمنه بمثله من حيث الصورة ، لانّ النبي صلّى الله عليه و آله استقرض بكراً و ردّ بازلاً ـ الخ ».

و الغرض من حكاية ذلك الاستشهاد على أنّ القيميّات ايضاً من ذوات الامثال ، بحيث تعدّ مثلية و تشتغل الذمة في ضمانها بالمثل .

هذا ، و لكن المراد بالمثلي في عبارة التذكرة غير المثلي المقابل للقيمي ، لتقييد المماثلة فيها بالصورة ، و الاّ فموضوع كلامه ما لم يكن مثليّاً .

قوله رحمه الله : **لم يوجب ذلك اصلاح طرد التعريف.**

قال في الجواهر : و لا يرد النقض بالثوب أو الارض الّذي يمكن رفعه بعدم غلبة ذلك فيهما ، و فرض بعض الافراد كذلك لا يناسب اطّراد قواعد الشرع ـ انتهى ».

و حاصل اشكال المصنف رحمه الله عليه أنّه يكفي في عدم الاطّراد التساوي في القيميات و لو نادراً ، لكن لو فهم التقييد بالغالب و لو من قرينة حكمهم بضمان المثلي بالمثل الّذي يبعد جدّاً تنزيله على النادر كفى ذلك في اصلاح اطّراد التعريف ، و لا سيّما و أنّ هذا التعريف كغيره من التعاريف الجارية على ألسنة المصنّفين انّما يقصد منها الاشارة الى المعنى شبه التعاريف اللفظية ، فلا يقدح فيها الخلل في الطّرد أو العكس .

عدم وجود حقيقة شرعية و لا متشرعة للفظ المثلي

قوله رحمه الله : **مع مخالفة الباقين .**

هذا ممّا لا ريب فيه لو كان الاختلاف في تعيين المفهوم ، أمّا لو كان في تعريف المفهوم و كيفية الاشارة اليه فلا يقدح الاختلاف المذكور في

ترتيب الاثر على المفهوم عند احرازه و تطبيقه .

و الظاهر أنّ اختلاف الكلمات في تعريف المثلي و القيمي من هذا القبيل ، كما أنّ الاختلاف منهم في مصداقه مثل الاختلاف في أنّ الذهب و الفضة غير المسكوكين قيميان أو مثليان ، و كون العنب و الرطب قيميّين أو مثليّين ، و نحو ذلك من موارد الاختلاف انّما نشأ من الخطأ في التطبيق لعدم وضوح المفهوم بنحو لايقع فيه الخطأ ، لا لاختلافهم في نفس المفهوم كي يتعيّن الرجوع في جميع موارد الاختلاف الى الادلّة الاخر ، و المستفاد من كلماتهم الواردة في تحديده و في النقض على الحدود بعدم الطّرد أو العكس هو أنّ المثلي ما يكثر وجود مثله في الصفات الّتي تختلف باختلافها الرغبات و القيمي بخلافه .

و منه يظهر أنّ الذهب و الفضة المسكوكين من المثلي ، و كذا غير المسكوكين اذا لم يكونا مصوغين و اما المصوغان فهما من القيمي لاختلاف الصياغة في الصفات الموجبة لتفاوت الرغبات و اختلاف المالية ، و كذا الحديد و النحاس و الرصاص اذا لم تكن معمولة فانها مثلية ، و اذا كانت معمولة فان تساوت في المقدار و الهيئات كما هو الشائع في زماننا هذا ممّا يصنع في المعامل الافرنجية و شبهها فكذلك و الاّ فهي قيمية .

و أمّا الرطب و العنب فان كانا من نوع بعينه مثل الرطب الخستاوي و العنب الرازقي فهما مثليّان قطعاً ، و ان لم يكونا كذلك فالظاهر أنّهما كذلك ، أمّا الثياب فالمصنوع منها في مثل المعامل الافرنجية مثليّة و الاّ فهي قيمية ، و المرجع في غير ذلك من موارد الخلاف الضابط الّذي ذكرناه .

الضابط فيما شك في كونه مثليّاً أو قيميّاً

قوله رحمه الله : **أو كلّ صنف .**

هذا هو المتعيّن كما عرفته سابقاً .

قوله رحمه الله : **و ما المعيار في الصنف .**

الظاهر أنّ المعيار فيه أن يكون له أفراد كثيرة شائعة يغلب اتّفاقها في الصفات المنوطة بها الرغبات .

قوله رحمه الله : **لاصالة براءة ذمّته عمّا زاد.**

هذا يتوقّف على أن يكون الفرق بين المثل و القيمة هو الفرق بين الاقلّ و الاكثر ، فاذا شك في وجوب المثل فقد شك في وجوب الاكثر .

و التحقيق أنّ الاصل فيه البراءة من الزائد ، لكنّه غير ظاهر ، اذ المراد من القيمة في المقام النقد الّذي يقع ثمناً غالباً كالدراهم و الدنانير ، فيكونان من قبيل المتباينين اللّذين يرجع عند الشك في أحدهما بعينه الى أصالة الاحتياط ، مع أنّه لو سلّم كون المراد من القيمة مطلق المال الصادق على النقد و على العروض ، فالفرق يكون هو الفرق بين الكلي و فرده ، فيكون المقام من قبيل الشك بين التعيين و التخيير ، و المعروف عند المحققين و جوب الاحتياط فيه بالبناء على التعيين فيتعين في المقام دفع المثل .

و من ذلك تعرف مبنى الاحتمالات الثلاثة في المقام : وجوب دفع الامرين المثل و القيمة ، و وجوب دفع المثل بعينه ، و التخيير بين الامرين، و أنّ الاول هو المتعين.

و أمّا احتمال تعيّن القيمة ، فلا يظهر وجهه الاّ من جهة احتمال كون المراد من قوله صلى الله عليه وآله : «على اليد ـ الخ » كون خسارة المأخوذ على ذي

اليد بقيمته و بالاجماع خرج منه المثلي ، فمع الشك فيه يرجع الى العام المذكور ، أو من جهة احتمال أن يكـون المـراد مـن المـماثلة فـي آيـة الاعتداء الآتية المماثلة في مقدار الاعتداء في المالية مع دلالتـها عـلى الضمان ، كما سيأتي ، و كلاهما كما ترى .

قوله رحمه الله : **فان فرض اجماع على خلافه.**

هذا ظاهر في أنّ عدم تخيير الضامن مظنّة الاجماع ، و لكنّه غير ظاهر ، و الاجماع على ضمان المثلي بالمثل و القيمي بالقيمة كما تقدّم اجماع في الحكم الواقعي لا في الحكم الظاهري الّذي هو محلّ الكلام .

قوله رحمه الله : **فالاصل تخيير المالك .**

قد عرفت أنّ الاحتمالات المعتدّ بها ثلاثة ، فاذا قام الاجـماع عـلى انتفاء تخيير الضامن و تردّد الامر بين الاحتمالين الآخـرين تـعيّن تـخيير المالك لأنه أوفق بالاصل .

قوله رحمه الله : **فانّ مقتضاه عدم ارتفاع الضمان.**

بعد انعقاد الاجماع على تخصيصه عند تعذّر العين و البناء على ارتفاع الضمان بدفع المثل في المثلي و القيمة في القيمي ، فمع التعذّر و تردّد الامر بين المثلي و القيمي يعلم بخروج المورد عن مرجعيّة العام ، و لكون التردّد بين عنواني الخاص فلا مجال للرجوع الى العام ، بل يـرجـع الى استصحاب بقاء الضمان .

كما أنّه لو كان أداء المثل في المثلي و القيمة في القيمي من مراتب أداء العين فمع الشك في القيمي و المثلي يشك في تحقق الاداء ، و لاجل أنّ الشك من جهة الشبهة المفهومية يكون المرجع استصحاب بقاء الضمان لا عموم العام .

قوله رحمه الله : **من أوّل الامر.**

يعني مع قطع النظر عن الاجماع على عدم تخيير الضامن.

قوله رحمه الله : **لا يخلو من منع .**

كما عرفت .

قوله رحمه الله : **و الاجماع على عدم تخيير المالك .**

يعني تخيير المالك واقعاً ، كما سبق في تخيير الضامن.

قوله رحمه الله : **عند التشاحّ .**

بأن كان الضامن لا يأذن الاّ بقبض ما هو عليه واقعاً ، و المالك لا يرضى الاّ بما هو له واقعاً ، فمع الجهل بالواقع كما هو المفروض لا يمكن حصول اليقين بالبراءة .

هذا ، و لا يخفى أنّ الدوران بين المحذورين المستتبع لحكم العقل بالتخيير انّما يكون في أمرين لا يمكن فعلهما و لا تركهما ، كما لو دار الامر بين وجوب شيء و حرمته أو بين وجوب شيء و وجوب ضدّه الذّين لا ثالث لهما .

و في المقام لمّا وجب على الضامن تفريغ ذمّته بدفع المثل أو القيمة يمكنه دفع كلّ منهما و اذنه للمالك بأخذ ما شاء منهما بعنوان كونه أصلاً أو بدلاً ، و حينئذ يجب على المالك أخذ أحدهما ، امّا لكونه أصلاً أو بدلاً ، لأنّه يجب عليه تفريغ ذمّة غيره من ماله المتوقّف على ذلك ، فيرجع الامر بالاخرة الى تخيير المالك لا تخيير الضامن.

و السرّ في ذلك أنّ وظيفة الضامن الدفع و وظيفة المالك الاخذ و هو متأخّر عنه .

و ان شئت قلت : بعد ما وجب تمكين المالك من قبض ماله و توقّف ذلك التمكين على تمكينه من المحتملين معاً و على اذنه في قبض كلّ منهما ، فهذه الاذن تارة تكون اباحة للقبض بلا عنوان ، و اخرى تكون

بعنوان كونه هبة على تقدير أن لا يكون مصداقاً لما في الذمة ، و ثـالثة تكون بعنوان كونه بدلاً عنه ، و المتعيّن هو الاخير .

لانّ الاذن على الوجه الاوّل و ان اقتضت الرخصة في وضع اليد على المحتملين معاً ، لكن ينتهي الامر بـعد الوضـع الى أن يكـون أحـدهما للمالك و الآخر للضامن ، فيحتاج الى علاج ايصال مال المالك اليه المعيّن واقعاً المبهم ظاهراً .

و على الوجه الثاني خلاف قاعدة نفي الضرر و خلاف أصل البراءة ، بخلاف الاذن على الوجه الاخير ، فانّها انّما تكون مخالفة لاصل البراءة احتمالاً بالنسبة الى ما يختاره المالك لا جزماً ، و لا بأس بارتكابه لتعذّر ايصال المال الى مالكه الاّ به .

فهو كما لو تعذّر المثل في المثلي بنحو لا يرجى التمكن منه الى آخر العمر ، فانّ بقاء المال في ذمّة الضامن الى آخر العمر ضرر يستكشف من دليل نفيه سقوط أصل البراءة الاحتمالية ، و لو فرض عدم الدليل على وجوب تفريغ الذمة من مال الغير أو تفريغ ذمّة الغـير مـن المـال اذا لزم ذلك ، فللضامن أن لا يرضى بالمبادلة الاحتمالية ، كما أنّـه للـمالك أن لا يرتضي بها تعيّن الرجوع الى الحاكم الشرعي في رفع التشاحّ ، و على كلّ حال فليس للضامن التخيير .

قوله رحمه الله : **فهو من باب تخيير المجتهد في الفتوى.**

كأنّ الوجه في كون المقام من هذا الباب دعوى أنّ تخيير المجتهد من أجل الدوران بين المحذورين ، لانّ الخبر ان كان صادراً وجبت الفتوى على طبقه ، و ان لم يكن صادراً حرمت الفتوى على طـبقه ، فـاذا تـردّد الصادر بين الخبرين فقد تردّد الامر بين الوجوب و الحرمة .

و فيه : انّ وجوب الفتوى ليس من أحكام صدور الخبر بل من أحكام

العلم بالصدور ، فمع التردّد في الصادر بين الخبرين تحرم الفتوى بكلّ منهما لانتفاء العلم ، و البناء على التخيير عند تعارض الخبرين مع فقد المرجح ليس لما ذكر ، بل امّا للادلّة الخاصّة الدالّة على التخيير ، بناء على أصالة التساقط في المتعارضين كما هو التحقيق ، أو لكونه مقتضى قاعدة التزاحم كما ذهب اليه بعضهم .

و كيف كان فليس منه المقام ، اذ لا دليل على التخيير فيه بالخصوص و لعدم التزاحم ، لما عرفت من امكان الجمع ، و كأنّه لما ذكرناه أشار قدّس سرّه بأمره بالتأمّل .

قوله رحمه الله : **و لكن يمكن أن يقال انّ القاعدة .**

هذا استدلال على ما ذكره أوّلاً من ضمان المثلي بالمثل و القيمي بالقيمة مع قطع النظر عن الاجماع ، و حاصله أنّ المستفاد من بناء العرف الممضى بمقتضى الاطلاقات المقامية لادلّة الضمان المتفرّقة أنّ الضمان في الجميع يكون بالمثل ثمّ بالقيمة ، و معرفة المثل موكولة الى العرف و لا تتوقّف على انعقاد الاجماع على كون الشيء مثليّاً أو قيميّاً ، نعم لو شك العرف فالمرجع الاصل المتقدم .

قوله رحمه الله : **الاّ ما شذّ و ندر .**

كصحيح أبي ولاد و خبر اسحاق المتقدم في بيع الجارية المسروقة و نحوهما .

قوله رحمه الله : **فلولا الاعتماد على ما هو المتعارف.**

تقريب للاطلاق المقامي الدالّ على امضاء البناء العرفي .

ما استدلّ على ضمان المثلي بالمثل و القيمي بالقيمة

قوله رحمه الله : **و قد استدلّ الشيخ في المبسوط .**

قال في المبسوط في كتاب الغصب بعد ما قسّم الاموال على ضربين: حيوان و غير حيوان ، و غير الحيوان على ضربين: ما له مثل و ما لا مثل له ، و عرّف الاوّل بما تساوت اجزاؤه : « فاذا غصب غاصب من هذا شيئاً فان كان قائماً ردّه و ان كان تالفاً فعليه مثله ، لقوله تـعالى : « فَمَنِ اعْتَدٰى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدىٰ عَلَيْكُمْ »[١] ، و لانّ مثله يعرف مشاهدة و قيمته تعرف بالاجتهاد و ما يعلم يقدّم على ما يجتهد فيه ، و لأنّه اذا أخذ المثل أخذ وفق حقّه ، و أمّا اذا أخذ القيمة ربّما زاد أو نقص ، فكان المثل أولى ـ انتهى ».

و هذه الادلّة كلّها كما ترى مساقة لضمان المثلي بـالمثل لا لضـمان القيمي بالقيمة ، و لعلّ مأخذ حكاية المصنف رحمه الله غير ما ذكرنا .

قوله رحمه الله : **في مقدار الاعتداء لا المعتدى به.**

توضيح ذلك : انّ المماثلة بين الاعتداءين ليس المراد منها المـماثلة بينهما ذاتاً ، فانّ ذلك من ضروريات كونهما اعتداء ، بل المراد المماثلة بينهما في المعتدى به ، و هو مدخول الباء في قولنا : اعتدى عليه بضربه ، أو باتلاف ماله ، أو بقطع يده ، أو نحو ذلك .

و جهة المماثلة بالمعتدى به تـارة تكـون بـلحاظ ذاتـيهما ، مـثل أن يعتدي عليه بالضرب فيعتدي عليه بالضرب ، و أخـرى يكـون بـلحاظ الكم ، مثل أن يضربه مرّة فيشتمه مـرّة ، و ثـالثة بـلحاظ الاثـر الخـاصّ المترتّب عليه ، مثل أن يضربه ضرباً مؤديّاً الى بكائه ، فيجازيه بـالشتم المؤدّي الى بكائه مثلاً ، و رابعة بلحاظ المالية ، مثل أن يتلف مال زيد المساوي درهماً فيأخذ منه زيد درهماً ، و قد يكون بلحاظ غير ذلك من

---

١ ـ البقرة : ١٩٤.

الخصوصيات من زمان أو مكان أو مقارنات .

ثم نقول : انّ كلمة «ما» في الآية الشريفة امّا أن تكون مصدرية ، فيكون المعنى : فاعتدوا عليه بمثل اعتدائه ، و امّا أن تكون موصولة فيكون المعنى : فاعتدوا عليه بمثل الّذي اعتدى به عليكم ، و قد عرفت أنّ المتحصّل من المعنيين واحد ، و أنّ الجهات الملحوظة في المماثلة بين الاعتداءين راجعة الى الجهات الملحوظة بين الامرين المعتدى بهما ، و مرجع المناقشة الى أنّ الظاهر المماثلة في مقدار المالية في المعتدى به و لو مع اختلاف ذاتيهما ، و ان كان ظاهر العبارة و غيرها من العبارات المتعرضة لذكر المناقشة المذكورة الفرق بين مقدار الاعتداء و مقدار المعتدى به .

لكنّ المراد ما ذكرنا ، و لذا قال بعض من ذكر الاحتمال المذكور على ما حكاه في الجواهر : « و المراد بالمقدار ـ يعني مقدار اعتداء المعتدي ـ هو أن يحكم أهل العرف بأنّهما سيّان في المنفعة و الفائدة ، و يرضى العقلاء بتملّك كل منهما مقام الآخر ».

قوله رحمه‌الله : و فيه نظر.

لأنّه خلاف اطلاق المماثلة بل الّذي نفاه هو المتيقّن من اطلاق المماثلة و سائر الجهات مقتضى اطلاقها .

قوله رحمه‌الله : في الحقيقة و المالية .

المالية من الاعتباريات الّتي لا خارجية لها ، و لا ينصرف اليها اطلاق المماثلة ، و كان الاولى ابدالها بالصفات الخارجية الّتي تختلف الرغبات باختلافها ، فانّ مقتضى الاطلاق اعتبارها في الاعتداء المماثل ، سواء أكان اختلاف في المالية أم لا ، هذا بالنسبة الى الآية الشريفة ، و كذا ايضاً بالنسبة الى بناء العقلاء .

قوله رحمه الله : **الزام الضامن بتحصيل ذراع آخر من ذلك.**

لا يبعد ذلك في بناء العرف ، و لكنّه غير ظاهر بالنسبة الى الآية ، لما عرفت من ظهورها في اعتبار المماثلة في الحقيقة ، فاذا كان العدوان بالاتلاف فالمجازاة تكون به لا بالاخذ .

مضافاً الى أنّ ظاهرها و ظاهر سياقها الترخيص في الاعتداء لا وجوب تهيأة المعتدي الاوّل المقدمات للمجازي له على اعتدائه ، فوجوب احضار المعتدي للذراع ليأخذه منه المعتدى عليه غير مستفاد منها ، اذ لا تعرّض فيها لاستحقاق ذلك عليه و اشتغال ذمّته به ، فالآية الشريفة أجنبيّة عن اثبات الضمان .

و ايضاً فانّ قوله رحمه الله : و لو بأضعاف قيمته ، ينافي دعوى ظهورهما في اعتبار المماثلة في الماليّة ، اذ ذلك يوجب كون المجازاة بأكثر من المثل .

قوله رحمه الله : **صدق أداء القرض .**

بعد فرض كون ما في الذمّة هو القيمة كيف يكون أداء العين أداء للقرض ، اذ أداء ما في الذمة انّما يكون بأداء فرده ، و في الجواهر علّله بأنّ مبنى القرض المشروع للارفاق على ذلك ، و بأولوية العين من القيمة ، و لانّ ثبوت القيمة في القيمي لتعذّر المثل ، ثم قال رحمه الله : «الاّ أنّ الجميع كما ترى ـ انتهى ».

نعم لو قيل بجواز عقد القرض من قبل المقترض كان ما ذكر في محلّه .

قوله رحمه الله : **ضمان المثلي بالمثل .**

الظاهر أنّ أصل العبارة : ضمان القيمي بالمثل [1].

قوله رحمه الله : **في الحقيقة و المالية .**

---

١ ـ في المكاسب المطبوع : ضمان القيمي بالمثل.

قد عرفت الاشكال في دخل المالية في المماثلة ، مع أنّ فرض نقص المماثل في القيمة غير ظاهر ، اذ بناء على بقاء نفس العين في العهدة الى حين الاداء فالمدفوع مساو للعين في المالية ، غاية الامر أنّ العين الّتي في الذمّة نقصت ماليّتها عن زمان التلف ، و بناء على ثبوت المثل بمجرّد التلف فالثابت من المثل في الذمّة مساو للعين في المالية حين ثبوته .

نعم قد ينقص عن المالية بعد ثبوته الى حين أدائه ، لكن ذلك ليس اختلافاً بين المضمون و المضمون به في المالية كما هو المقصود ، بل نقص في مالية المضمون أو المضمون به بعد ثبوته في الذمة ، كنقص مالية العين على تقدير بقائها ، فانّه لا يقدح في سقوط ضمانها ردّها ، كما لا يقدح فيه ارتفاع قيمتها كما لا يخفى .

قوله رحمه‌الله : **الحق خلافه .**

وجهه غير واضح ، و مقايسة المقام بصورة بقاء نفس العين مع سقوطها عن المالية توجب توجّه الاحتمال المذكور .

قوله رحمه‌الله : **في المثالين المتقدّمين .**

يعني بهما مثال اتلاف ذراع من الكرباس ، و اتلاف العبد مع كون المتلف مشغول الذمة بعبد مثله لمالكه ، و المثال الثالث مثال نقص القيمة .

الحكم في موارد الشك بين القيمي و المثلي

قوله رحمه‌الله : **من أنّ العامّ المخصّص بالمجمل .**

فانّ عموم الآية يقتضي الضمان بالمثل حتّى في القيمي ، لكنّه مخصّص بالاجماع على ضمان القيمي بالقيمة ، و مع اجمال مفهوم القيمي يقتصر في التخصيص على المتيقّن منه ، و يرجع في مورد الشك

الى عموم الآية ، و كذا الكلام في اطلاق أدلّة الضمان المتفرقة ، بل التحقيق وجوب الرجوع الى العام في المخصّص اللّبي حتّى في الشبهة الموضوعية .

قوله رحمه الله : **بناء على تحقق الاجماع .**

قد عرفت أنّه مقتضى الدليلين ايضاً .

قوله رحمه الله : **مضافاً الى الخبر الوارد.**

هو الصحيح : «سأله معاوية بن سعيد عن رجل استقرض دراهم من رجل و سقطت تلك الدراهم أو تغيّرت و لا يباع بها شيء ، ألصاحب الدراهم الدراهم الاولى أو الجائزة الّتي تجوز بين الناس ؟ فقال عليه السلام : لصاحب الدراهم الدراهم الاولى »[1].

و نحوه مكاتبة يونس : «كان لي على رجل عشرة دراهم و انّ السلطان أسقط تلك الدراهم و جاء بدراهم أعلى من تلك الدراهم ، و لها اليوم وضيعة فأيّ شيء لي عليه ، الاولى الّتي أسقطها السلطان أو الدراهم الّتي أجازها السلطان ؟ فكتب عليه السلام : لك الدراهم الاولى »[2].

هذا ، و مورد المكاتبة صورة نقص المالية ، بل هو ظاهر قول السائل في الاوّل : أو تغيّرت ، و لا ينافيه قوله : و لا يباع بها ، لامكان حمله على ارادة نفي رواج المعاملة بها لا سقوطها عن المالية ، و يعارضها مكاتبة يونس الاخرى[3]، و الترجيح للاولين.

---

١ ـ التهذيب ٧:١١٧، الاستبصار ٣:٩٩.

٢ ـ عن يونس قال : كتبت الى ابي الحسن الرضا عليه السلام ـ الحديث (التهذيب ٧:١١٧، الاستبصار ٣:٩٩) .

٣ ـ عن محمد بن عيسي قال : قال لي يونس : كتبت الى الرضا عليه السلام : ان لي على رجل

قوله رحمه الله : **الحق بالقيمي .**

كأنّه لعدم امكان المثل للمماثل في المالية ، فيكون من قبيل تعذّر المثل الموجب لجواز دفع القيمة .

و فيه انّ الوجه للانتقال الى القيمة فيما لو تعذّر المثل غير آت هنا ، فاذا كان مقتضى الدليلين السابقين اعتبار المماثلة في المالية و هي مفقودة كان الدليلان قاصرين عن الدلالة على الاجتزاء به ، و لاجل أنّه لا دليل على الاجتزاء بالقيمة دار الامر بين المثل و القيمة ، و المرجع فيه الاصل المتقدّم الّذي قد عرفت أنّه يقتضي الرجوع الى اختيار المالك ، فربّما يختار القيمة كما هو الغالب ، و ربّما يختار المثل لبعض الدواعي ، و كأنّه الى ذلك اشار بقوله : فتأمّل .

هذا ، و قد عرفت أنّ المالية خارجة عن منصرف الدليلين ، و انّ ظاهرهما المماثلة في الحقيقة و الصفات الخارجية ، و حينئذ يكون مقتضاهما الالحاق بالمثلي في الفرض لا بالقيمي ، و لا مجال للرجوع الى الاصل المتقدّم .

٥ ـ اذا لم يوجد المثل الاّ بأكثر من ثمن المثل

قوله رحمه الله : **فحوى حكمهم .**

كأنّ الوجه في هذه الدعوى أنّ التحفظ من ضرر المضمون له أولى من التحفظ من ضرر الضامن.

ـ ثلاثة آلاف درهم و كانت تلك الدراهم تنفق بين الناس تلك الايام ، و ليس تنفق اليوم الى عليه تلك الدراهم بأعيانها أو ما ينفق اليوم بين الناس ، فكتب عليه السلام اليّ : لك ان تأخذ منه ما ينفق بين الناس كما اعطيته ما ينفق بين الناس (التهذيب ٧:١١٧، الاستبصار ٣:٩٩) .

قوله رحمه الله : **و ربّما احتمل بعضهم ذلك.**

ذكر هذا الاحتمال في القواعد من دون ترجيح له و لا لخلافه ، و مال اليه في الجواهر .

قوله رحمه الله : **لعين ما ذكر في الصورة الاولى.**

يعني من عموم النص و الفتوى ، و أمّا قاعدة الضرر فلا مجال للعمل بها ، لأنّها مخصّصة بأدلّة الضمان ، فيتعيّن الرجوع الى اطلاق الخاص ، نعم اذا لزم الاجحاف بحال الضامن لم يجب الشراء لقاعدة نفي الحرج .

قوله رحمه الله : **وفاقاً لظاهر المحكي عن التحرير.**

و خلافاً لما عن المبسوط من لزوم قيمته في بلد الغصب أو يصبر حتّى يصل اليه ليستوفى ذلك للضرر المنفي .

و فيه ما عرفت من الاشكال في العمل بقاعدة نفي الضرر .

قوله رحمه الله : **لعموم : الناس مسلطون .**

فانّ اطلاقه يقتضي جواز المطالبة في كلّ مكان و فى كلّ زمان و ليس للضامن حبسه عنه ، و لاجله لايهمّ قصور مثل : على اليد ـ الخ ، أو : كلّ مغصوب مردود ، عن صلاحية الاستدلال به من جهة دعوى انصرافه الى خصوص مكان ذلك المال ، مع أنّ الدعوى ممنوعة في نـفسها يـنفيها الاطلاق .

٦ ـ اذا تعذر المثل في المثلي

قوله رحمه الله : **لانّ منع المالك ظلم .**

كونه ظلماً موقوف على الانتقال الى القيمة ، و هو عين الدعوى .

قوله رحمه الله : **لم يعتد عليه أزيد ممّا اعتدى .**

هذا لايجدي في وجوب دفع القيمة حتّى يثبت كونها مثلاً و الّا كان الاعتداء بغير المثل و الآية الشريفة لاتقتضي جوازه، و كونه مثلاً واضح المنع، مضافاً الى ما عرفت من الاشكال في صحّة الاستدلال بالآية على الضمان، و كذا الاشكال في التمسك بقاعدة الميسور، اذ القيمة مباينة للمثل لا ميسوره، مع أنّه لا دليل على قاعدة الميسور كليّة.

و كذا ما يقال من أنّ له الغاء حقّه من الخصوصية الزائدة على المالية و المطالبة بالمالية، اذ المالية هي صفة اعتبارية لا معنى للمطالبة بها، و لو اريد المطالبة بما هو موضوع المالية أعني ما يكون مصداقاً لمفهوم المال فانّما تصحّ لو كان الثابت في الذمة كذلك، أمّا لو كان الثابت مالاً خاصّاً و هو المثل، فليس له المطالبة الّا به، و المفروض تعذّره المانع من صحة المطالبة به، و التفكيك بين خصوصية المالية و غيرها في الالغاء و المطالبة غير جائز، و لذا لا يجوز ذلك مع التمكن من المثل، مضافاً الى ما عرفت من أنّ القيمة ليست من مراتب وجود المثل بل مباينة له، لأنّها مال خاص لا مال محض.

فالعمدة في اثبات ما ذكره المصنف رحمه الله دعوى بناء العرف على ذلك، الممضى بالاطلاق المقامي لادلّة الضمانات، فيكون ميسوراً في مقام الاسقاط لا ميسوراً للمثل الثابت في ذمة الضامن.

قوله رحمه الله: **فلا دليل على الزامه بقبول القيمة.**

لا ينبغي التأمّل فيه بناء على بقاء المثل في الذمة، لعدم ثبوت بناء العرف على الالزام بالقيمة حينئذ، أمّا لو بني على انتقال ما في الذمّة الى القيمة فلا ينبغي التأمّل في جواز الزام المالك بقبضها، لانّ الامتناع عنه تصرّف في ذمّة الضامن بغير حقّ، و الاصل يقتضي البناء على الاول.

قوله رحمه الله: **و يؤيّد ما ذكرنا.**

وجه التأييد أنّ التعبير بيوم المطالبة يدلّ على أنّ موضوع كلامهم صورة المطالبة.

قوله رحمه الله : **فليتأمّل.**

لعلّه اشارة الى أنّ التأييد يتوقّف على مساواة القرض لغيره في الحكم.

العبرة في قيمة المثل المتعذر قيمته يوم الدفع

قوله رحمه الله : **فلا دليل عليه.**

هذه مناقشة في المبنى، و ظاهره تسليم الابتناء، أعني أنّ لازم البناء على الانتقال الى القيمة عند تعذّر المثل البناء على أنّ القيمة قيمة يوم التعذّر.

و قد يشكل بأنّ الثابت في الذمة اذا كان بعنوان كونه قيمة فمقتضى المحافظة فيه على العنوان المذكور أن لا يكون مقدّراً بقدر معيّن، بل يزيد و ينقص بزيادة قيمة العين و نقصها الى أن يتحقّق الدفع، فلو زادت قيمة العين بعد التعذّر قبل الدفع و لم يزد ما في الذمة خرج عن كونه قيمة للعين، و صحّ قولنا: ليس قيمة للعين، بل كان قيمة لها، و هو خلف، وكذا الحال في صورة النقيصة، و لازم ذلك أن يكون المدار على قيمة يوم الدفع.

و يمكن دفعه بأنّ الضمان بالمثل في مقابل الضمان بالقيمة، اذ الاوّل مبني على المحافظة على الحقيقة و الصفات مع عدم المحافظة فيه على المالية، فلو فرض هبوط المالية فيه الى آخر درجة منها لم يخرج المثل عن كونه مضموناً به، و لا يكون ذلك التفاوت مضموناً بخلاف الثاني، فانّه مبني على المحافظة على المالية دون غيرها من الحقيقة و الصفات،

لمباينة القيمة للعين ذاتاً و صفة، و المحافظة على المالية انّما تكون بتدارك ذلك المقدار من النقص الوارد على المالك عند تلف العين، فالقيمة المضمون بها العين عند تلفها في القيميات هي المرتبة الخاصة من المالية الّتي فاتت على المالك، فقولنا: القيمي مضمون بقيمته، يراد بالقيمة فيه الاشارة الى تلك المرتبة الخاصة من المالية لا بعنوان كونه قيمة للعين كي يتوجّه ما ذكر.

و كذا في المقام حينما يقال: ينتقل الى قيمة المثل عند تعذّره، يراد به الاشارة الى تلك المرتبة الخاصة من المالية الثابتة للمثل حين تعذّره لا بعنوان كونها قيمة للمثل كي يتوجّه ما ذكر.

و الوجه فيما ذكرنا أنّه المطابق للمرتكزات العرفية في مقام التغريم و التضمين، فيتعيّن البناء على قيمة يوم التعذر، نعم يتوقّف ذلك على أنّ القيمة الثابتة حينئذ قيمة للمثل، فتكون بدلاً عن المثل الّذي هو بدل عن العين لا قيمة للعين و بدلاً عنها على نحو تكون القيمة و المثل كلاهما بدل عن العين على الترتيب لا في عرض واحد، اذ لو قلنا بذلك تعيّن قيمة يوم تلف العين لا يوم تعذّر المثل، لما عرفت من أنّ ضمان القيمة انّما هو لتدارك المالية الّتي فاتت على المالك بتلف العين، فلا بدّ من مساواتها لتلك المالية.

لكن المبنى المذكور ضعيف، لانّ المثل بعد ما استقرّ في الذمّة بدلاً عن العين كانت نسياً منسيّاً و كان المثل هو ملك المالك، فاذا تعذّر و بني على ثبوت القيمة بدلاً فالبدلية ملحوظة عنه لا عن العين، لأنّها ليست مملوكة حينئذ للمالك.

و من ذلك ايضاً يظهر ضعف كون القيمة بدلاً عن الجامع بين العين و القيمة، كما يأتي التعرّض له في كلام المصنف رحمه الله.

قوله رحمه الله : **لا يخلو عن تحكّم.**

لعلّ الوجه في الفرق انّه في القيميات لايرجى امكان المثل الّذي به يكون الشيء مثليّاً ، فلا معنى لاعتبار وجود المثل في الذمة فيه ، اذ لا يترتّب على اعتباره أثر بخلاف المثلي المتعذّر مثله ، فانّه يرجى وجود المثل له ، فلا مانع من اعتبار بقاء المثل في الذمة فيه .

و بالجملة ليس المناط في كون الشيء مثليّاً كونه متعذّر المثل كي يشكل الفرق بين التعذّر الابتدائي و الطاريء ، بل المناط كونه غير شائع المثل و ان كان له مثل موجود ، و هذا المعنى أمر آخر غير التعذّر الطاريء الراجع الى عدم وجود المثل أصلاً ، و ان كان له مثل شائع الوجود و لو في الازمنة القريبة اللاحقة .

ثمّ انّ التحكّم المذكور لو سلّم فانّما يمنع عن الفرق بينهما ، و هو كما يكون بالالتزام بتساويهما في ثبوت القيمة عند التعذّر يكون ايضاً بالالتزام بتساويهما في ثبوت القيمة عند الاداء ، فيكون القيمي مضموناً بمثله كما في المثلي الى أن يتحقّق المسقط و هو دفع القيمة ، و يكون ايضاً بالالتزام بثبوت نفس المضمون أعني العين في الذمة في المثلي و القيمي ، و دفع المثل عند التلف في المثلي كدفع القيمة عند التلف في القيمي ، و كذا في المثلي المتعذّر مثله من قبيل المسقط ، لا لاشتغال الذمة به و انتقال ما في الذمة اليه ، فوجوب دفع الاقرب الى التالف من قبيل وجوب المسقط تكليفاً لا وضعاً ، و هذا الاخير غير بعيد عن الارتكاز العرفي .

الاحتمالات في المسألة مع مبانيها

قوله رحمه الله : **من اعتبار القيمة عند الاقباض.**

هذا متفرّع على المبنى المذكور، لا أنّه نفسه.

قوله رحمه الله: **فتكون القيمة صفة للمثل.**

مرجعه الى أنّ القيمة بدل عن المثل الّذي هو بدل عن العين، فتكون القيمة بدل البدل، في مقابل الاحتمال الآخر الّذي هو كون القيمة بدلاً عن العين نظير المثل، فيكون للعين بدلان: المثل و القيمة، لكنّهما ليسا بدلين عرضيين بل طوليين، و بدلية القيمة مشروطة بتعذّر المثل، أمّا بدلية المثل فمطلقة، كما تقدّمت الاشارة الى ذلك.

قوله رحمه الله: **فان قلنا بالاوّل.**

يعني انّ المثل المستقر في الذمة قيمي.

قوله رحمه الله: **بيوم التلف.**

قد عرفت آنفاً أنّه الاقوى، و انّ المرتكز العرفي في الضمان بالقيم تدارك الخسارة المالية الواردة على المالك بتلف العين، فالمضمون به ما يساوي تلك الخسارة حين التلف.

قوله رحمه الله: **و هذا مبني على القول بالاعتبار في القيمي بوقت الغصب.**

لانّ زمان الغصب هو زمان الضمان.

قوله رحمه الله: **من يوم تلف العين.**

لأنه زمان ضمان المثل.

قوله رحمه الله: **بيوم الغصب.**

لأنّه يوم الضمان كما عرفت.

قوله رحمه الله: **المشترك بين العين و المثل.**

قد عرفت الاشارة الى ضعف هذا الاحتمال، كيف و الجامع بين العين و المثل ليس مملوكاً و لا مضموناً و لا مضموناً به، اذ حال وجود العين هي بخصوصها مملوكة و مضمونة، و بعد تلفها المملوك و المضمون به

هو المثل بخصوصه ، و الجامع بينهما ليس موضوعاً للاثار المذكورة ، فكيف يكون قيميّاً و موضوعا للقيمة .

قوله رحمه الله :**الى دفع المثل .**

الظاهر أنّ أصل العبارة : **دفع القيمة .**

قوله رحمه الله : **منها ، فافهم .**

لعلّه اشارة الى الاشكال في الحكم المذكور هنا و في الغصب .

مع تعذر المثل لا يسقط المثل عن الذمة

قوله رحمه الله :**لاطلاق كلامهم .**

حيث لم يقيّدوه بصورة التمكن من المثل .

قوله رحمه الله : **يجب اسقاطه .**

يعني و لو بالقيمة .

قوله رحمه الله :**قيمة للمغصوب .**

يعني بدلاً عن العين لا عن المثل على ما تقدّم من الاحتمالين ، لكن عرفت الاشكال فيه ، و أنّ المثل بعد ما استقر في الذمة بدلاً عن العين صار هو المملوك للمالك و صارت العين نسياً منسيّاً ، فاذا تعذّر المثل و فرض البناء على الانتقال الى القيمة ، فالقيمة بدل عن المثل الّذي هو ملك المالك لا عن العين الّتي خرجت عن الملكية للمالك و استقرّ بدلها في الذمة .

و بناء العرف على الانتقال الى الاقرب فالاقرب الى التالف مسلّم لكنّه من أوّل الامر أمّا بعد اشتغال الذمة بالاقرب و صيرورته بدلاً عن التالف و خروج التالف عن الملكية و صيرورة بدله ملكاً للمالك ، يكون ذلك البدل هو الملحوظ في مقام الخروج عن العهدة لا العين، فلاحظ .

قوله رحمه الله : **توجّه ما اختاره الحلي .**

و هو القول باعتبار يوم الاعواز ، كما تقدّمت نسبته اليه في صدر الكلام على الاحتمالات و مبانيها .

و قد يشكل بما عرفت آنفاً من أنّ الانتقال الى القيمة يوم الاعواز لا يقتضي ذلك ، لانّ القيمة اذا كانت بدلاً عن العين كانت تداركاً للنقص المالي الوارد على المالك بتلف العين ، فلا بدّ من أن تكون القيمة قيمة يوم تلفها لا يوم الاعواز ، و مجرّد كون الانتقال الى القيمة يوم الاعواز لا يقتضي ذلك ، لما عرفت من أنّه لا يظهر مقتض لتعيّن قيمة يوم الانتقال بنحو القاعدة الكلية كي يبنى عليه هنا ، بل المناط ما ذكرنا .

و لاجل ذلك يبنى على قيمة يوم الاعواز لو كانت القيمة بدلاً عن المثل ، لانّ المقصود بها تدارك مالية المثل الواردة على مالكه ، فلا بدّ أن تكون بقدر ذلك النقص ، و النقص انما كان يوم الاعواز بقدر قيمة المثل .

قوله رحمه الله : **اذ كما انّ ارتفاع القيمة .**

يعني انّ ارتفاع القيمة انّما لا يكون مضموناً بشرط عدم انتهاء النوبة الى دفع القيمة ، بل كان ارتفاع الضمان بسبب دفع العين أو مثلها ، أمّا اذا انتهت النوبة الى دفع القيمة لتلف العين و تعذّر المثل ، فارتفاع القيمة يكون حينئذ مضموناً ، و هذا الارتفاع المضمون يكون من زمان الضمان الى زمان تعيّن القيمة و ثبوتها في الذمة ، او الى زمان أدائها ، بناء على ثبوت المثل في الذمّة الى زمان الاداء .

قوله رحمه الله : **على ما اعترف به .**

تقدّم نقل تصريحه بذلك في صدر المسألة .

قوله رحمه الله : **فلا تعمّ صورة العجز .**

لا يكفي ذلك في البناء على ثبوت القيمة ، بل لا بدّ فيه من أن تدلّ على

اشتراط التمكن في ثبوت المثل على نحو ينتفي بانتفائه ، و الاّ دار الامر بين المثل و القيمة ، و لا دليل على تعين القيمة .

قوله رحمه‌الله : **فلا دليل على سقوط المثل.**

يعني فيرجع في بقاء المثل الى الاستصحاب .

قوله رحمه‌الله : **لم يكن له المطالبة .**

يعني المطالبة بالمثل ، لأنّه غير ما يـملكه فـي ذمّـة الضـامن ، و هـو القيمة .

قوله رحمه‌الله : **و فيه تأمّل .**

كأنّه من جهة احتمال أنّ بدلية القيمة الثابتة في ذمّة الضامن عند تعذّر المثل منوطة بتعذّره ، فمع امكان دفعه ترتفع و يكون هو البـدل ، نـظير ثبوت القيمة عند تعذّر العين على نحو يلحق بالتلف .

المناط في صدق التعذر و الاعواز

قوله رحمه‌الله : **و ليس هنا تحديد التكليف.**

ربّما يحتمل أن يكون ما في التذكرة تحديداً لجواز مـطالبة المـالك للضامن بالقيمة ، و ان كان يجب على المالك تحصيل المثل لكنّه بعيد .

قوله رحمه‌الله : **تعيّن ما عن جامع المقاصد .**

لانّ لفظ الاعواز يرجع فيه الى العرف كسائر الالفاظ الّـتي تـذكر فـي معاقد الاجماعات و في الكتاب و السنة .

قوله رحمه‌الله : **الرجوع الى الاخصّ .**

هذا اذا لم يكن الاعمّ مذكوراً ايضاً في بعض مـعاقد الاجـماع ، و الاّ فالاجماع على الاخصّ لا ينافي الاجماع على الاعـمّ فـيؤخذ بـالاعم ، اللّهم الاّ أن يعلم بوحدة المـراد حـينئذ فـيكون مـجملاً ، فـيرجـع الى الاخصّ لانّه المتيقّن.

ثمّ انّ جعل التعذّر أخصّ من الاعواز غير ظاهر بالنظر الى معناهما العرفي و اللغوي اذ هما واحد ، فكون التعذّر أخصّ من الاعواز مبني على أنّ المراد من الاعواز الاعواز الاضافي ، و هو المعنى المذكور في التذكرة و المسالك ، و المراد من التعذّر معناه الحقيقي .

هذا ، و لا يبعد أن يكون غرض العلامة رحمه الله و من تبعه تفسير الاعواز بذلك ليس تفسير الاعواز بالمعنى المقابل للتعذّر ، بل تفسير الاعواز و التعذّر المذكورين في كلامهم المراد بهما معنى واحد ، فالاشكال حينئذ يكون في مأخذ هذا التفسير ، مع أنّه خلاف الظاهر و مخالف لمقتضى عموم السلطنة .

قوله رحمه الله : **بل الظاهر منه عرفاً ما عن التذكرة.**

لا يظهر الفرق بين المقام و أخبار السلم ، فاذا كان الظاهر من عدم القدرة فيها المعنى العرفي فلم لا يكون الظاهر من التعذّر في كلماتهم ذلك ، اللّهم الاّ أن يكون الوجه في ظهور نصوص السلم في ذلك ملاحظة مواردها من الثني و الجذع و الحنطة و الشعير و نحوها ممّا يمتنع فرض التعذّر المطلق فيها ، فيتعيّن الحمل فيها على التعذّر العرفي ، بخلاف كلامهم في المقام فانّه ليس لمورده هذه القرينة ، فيتعيّن الحمل على ظاهر التعذّر أعني التعذر المطلق ، و لا يكفي التعذّر في البلد و ما حوله في رفع اليد عن عموم السلطنة المقتضي لوجوب احضار المثل .

نعم لو لزم من احضار المثل حبس المالك عن الانتفاع بملكه فلا يبعد جواز مطالبته بالقيمة كما في بدل الحيلولة ، كما تقتضيه قاعدة الميسور المعوّل عليها عند العرف في مثل المقام ، كما أشرنا الى ذلك في صدر التنبيه الّتي لا فرق في جريانها بين التعذّر المطلق و التعذّر الاضافي ، فراجع .

المدار مع تعذر المثل على قيمة المثل في بلد المطالبة

قوله رحمه الله : **الظاهر هو الاوّل .**

اذا كانت القيمة قيمة للمثل و بدلاً عنه عند التعذّر فلا بدّ من ملاحظة الحال الّتي يكون عليها عند التعذّر الّتي تختلف بها القيمة ، مثل وجود الراغب و عدمه ، و كثرته و قلّته ، و كثرة الوجود و عزّة الوجود ، و نحوها من الخصوصيات الخارجية الموجبة لاختلاف المالية ، و يتعيّن التقويم بلحاظها ، لما عرفت من أنّ الغرض من القيمة تدارك النقص المالي الوارد على المالك بتعذّر المثل ، و كذلك الحكم لو بني على كون القيمة قيمة للعين و بدلاً عنها ، فانّه لا بدّ من ملاحظة الاحوال الّتي كانت عليها العين حين التلف ليعرف بذلك مرتبة ماليتها فيتدارك بالقيمة .

و أمّا اذا كانت القيمة مسقطة للمثل حال الاداء ، بناء على المشهور من بقاء المثل في الذمّة الى حين الاداء كما اختاره المصنف رحمه الله ، فالقيمة حينئذ قيمة للمثل المفروض الوجود في ذلك الزمان على ما هو عليه ، من عدم المماثل مع ملاحظة الخصوصيات الخارجية ، من وجود الراغب و عدمه و قلّته و كثرته ، و مزيد الرغبة فيه لترتّب الفوائد المهمّة عليه و عدمه ، فمناط التقويم الخصوصيات الخارجية لا الفرضية ، مثل كونه عند الملك أو يتوقّف عليه علاج الملك أو نحو ذلك ، لانّ المالية المنوطة بالحيثيات الفرضية فرضية لا تحقيقية ، و المالية الفرضية ليست موضوعاً لوجوب التدارك ، فالغرض انّما يتعلّق بوجود المثل لا غير ، و أمّا ما عداه من الخصوصيات الّتي بها تختلف المالية فلا بدّ من كونها تحقيقية لا فرضية .

الحكم مع تعذره و كون قيمة المثل في بلد التلف مخالفاً في بلد المطالبة

قوله رحمه الله : **أم بلد التلف وجوه .**

أمّا الاعتبار ببلد التلف ، فينبغي أن يكون مبنيّاً على انتقال ما في الذمة الى القيمة ، و كون القيمة قيمة للعين ، لانّ خصوصية البلد لمّا كانت دخيلة في مالية العين فالتلف الوارد عليها في البلد الخاص اقتضى نقص تلك المرتبة الخاصة من المالية ، فلا بدّ من تداركها بتلك المرتبة ، و تداركها بالمرتبة الخاصّة ببلد المطالبة ليس تداركاً لمالية تحقيقية بل تقديرية ، لانّ الخصوصية الموجبة لها ليست ثابتة للعين الاّ تقديراً .

أمّا الاعتبار ببلد المطالبة ، فينبغي أن يكون مبنيّاً على بقاء العين أو المثل في الذمة الى زمان المطالبة ، لانّ القيمة المدفوعة الى الضامن تكون قيمة لما في الذمة الفرضي ، فاذا كان المالك يستحقّ المطالبة به في بلد بعينه فهو يستحقّ تطبيق ما فى الذمة على الخارجي في ذلك البلد ، فخصوصية البلد من قيود ذلك الامر المستحقّ ، فيتعيّن دخلها في التقويم ، و لو بني على الانتقال الى القيمة و كونها بدلاً عن المثل عند التعذّر تعيّن قيمة بلد التعذّر ، اذا فرض مخالفته لبلد المطالبة في مالية المثل لما عرفت .

و أمّا ضمان أعلى القيمتين ، فهو مبني على ضمان ارتفاع القيم و كون المضمون الجامع بين العين و المثل ، و بقاء المثل في الذمة الى زمان المطالبة ، على ما تقدم في نظيره ، فلاحظ .

قوله رحمه الله : **و فصّل الشيخ في المبسوط .**

شقوق التفصيل المذكور غير ظاهرة الارتباط بما نحن فيه ، اذ الشقّ الاوّل راجع الى جواز المطالبة بغير بلد التلف ، لكن لم يتعرّض فيه لتعيين

القيمة ، و الشقّ الثاني راجع الى جواز المطالبة في ظرف التساوي في القيمة ، و هو غير محلّ الكلام ، و الشقّ الثالث راجع الى عدم جواز المطالبة بالمثل في غير بلد التلف ، و هو غير مبنى الكلام في المقام ، وكان الاولى حكاية هذا التفصيل في ذيل مسألة جواز المطالبة في كلّ بلد .

حكم سقوط العين عن المالية

قوله رحمه الله : الاقوى بل المتعيّن هو الاوّل .

لانّ المماثلة المعتبرة في ضمان المثل يراد بها المماثلة في الحقيقة و المالية ، و المراد من المماثلة في المالية دخولهما تحت عنوان المال بحيث يكون كلّ منهما مالاً ، فاذا خرج عن المالية فقد خرج عن كونه مثلاً .

و فيه ما عرفت الاشارة اليه آنفاً ، من أنّ الضمان بالمثل في قبال الضمان بالقيمة ، اذ الملحوظ في الاوّل الذات و الصفات فقط ، بخلاف الملحوظ في الثاني ، فانّه تدارك المالية فقط ، و لذا لو هبطت قيمة المثل لم يجب على الضامن دفع التفاوت مع المثل ، كما أنّه لو ارتفعت قيمة المثل لم يجز له الرجوع بالتفاوت عند دفع المثل ، فاذا سقط عن المالية لم يخرج عن كونه مثلا ، كما هو الحال في ضمان نفس العين قبل التلف ، فانّه لو سقطت عن المالية لا يكون ذلك من قبيل تلف العين أو تعذّر ردّها ، و لذا مال في الجواهر الى لزوم المثل لا غير ، لعدم الدليل على الانتقال الى القيمة و الاصل عدمها .

و يمكن أن يستدلّ على ما ذكرنا بالصحيح المتقدّم في ذيل التنبيه الرابع في الدراهم الّتى سقطت ، فانّ قول السائل : أو تغيّرت ، و ان كان

ظاهراً في حصول التفاوت في المالية، و لذا تقدّم الاستدلال به على عدم ضمان التفاوت، و لكن قوله: و سقطت تلك الدراهم، بقرينة المقابلة لقوله: تغيّرت، ظاهر في السقوط عن المالية بالمرّة، فدلّ على الانتقال الى القيمة، اللّهم الاّ أن يكون المراد من السقوط اسقاط السلطان، و من التغيّر السقوط لا من السلطان بل من غيره، فيكون السقوط شاملاً لصورتي انتفاء المالية و تفاوتها.

و اذا كان معارضاً بمكاتبة يونس الثانية: «كتبت الى الرضا عليه السلام: انّ لي على رجل ثلاثة آلاف درهم و كانت تلك الدراهم تنفق بين الناس تلك الايام و ليست تنفق اليوم، فلي عليه تلك الدراهم بأعيانها أو ما ينفق اليوم بين الناس؟ قال: فكتب الي: لك أن تأخذ منه ما ينفق بين الناس كما أعطيته ما ينفق بين الناس»[1].

و الجمع بينهما يقتضي حمل المكاتبة على صورة السقوط عن المالية بالمرّة بقرينة المكاتبة الاولى المتقدّمة ايضاً، لاختصاصها بصورة حصول التفاوت، اذ بعد تقييد الثانية بالاولى تكون الثانية أخصّ من الصحيح فيقيّد بها و يرفع التنافي بين النصوص.

لكن هذا خلاف ظاهر اطلاق السقوط في الصحيح، بل الظاهر ما ذكرنا أوّلاً، فيكون التنافي بين الصحيح و المكاتبة موضوعاً للتعارض و أحكامه و الترجيح فيه للصحيح، و مورده و ان كان القرض الاّ أنّه ممّا نحن فيه، لأنّه تمليك بالضمان.

فلا فرق بين الضمان الجعلي و الشرعي، بل يمكن التعدّي الى كلّ كلّي

---

١ ـ عن محمد بن عيسى قال: قال لي يونس: كتبت الى الرضا عليه السلام ـ الحديث (التهذيب ٧:١١٧، الاستبصار ٣:٩٩).

في الذمة سقط عن المـالية ، كـالمبيع فـي السـلف و الثـمن فـي النسـية و غيرهما ، لأنّه أولى بالحكم المذكور من الثابت بمناط ضمان العين ، اذ لا مجال لتوهّم الاشكال عليه بأنّه خـلاف مـقتضى الضـمان الراجـع الى تدارك المالية في الجملة ، و ان عرفت ايضاً اندفاعه .

و كيف كان ، فلا دليل يظهر على الانتقال الى القيمة و الاصل عدمه .

قوله رحمه الله : **بل حكي عن بعض .**

حكى ذلك في الجواهر عن جامع المقاصد ، ثمّ قال : «لم نعثر على من تعرّض له بالخصوص غـير مـن عـرفت ـ انـتهى » ، مشـيراً الى التـذكرة و الايضاح و الدروس .

قوله رحمه الله : **و يحتمل آخر مكان أو زمان .**

اذا كان السقوط عن المالية تدريجيّاً بحسب الزمـان ، كـما لو تـنزّلت القيمة يوماً فيوماً حتّى سقطت بالمرّة كان المتيقّن آخر زمان التنزّل ، لأنّه وقت الانتقال الى القـيمة ، و اذا كـان الاخـتلاف فـي المـالية لاخـتلاف الامكنة و في بعض الامكنة لا مالية له أصلاً مع كون الزمان واحداً ، و كان التلف في مكان له فيه مالية و المطالبة في مكان لا مالية له فيه ، فاذا بني على الانتقال الى القيمة لامتناع ضمان ما لا مالية له تردّدت القـيمة بـين الاقل و الاكثر ، و الاصل البراءة من الاكثر ، و تعيّن قيمة مكان الضمان لا دليل عليه ، لانّ المفروض كونه مثليّاً في ذلك المكان .

و كذلك بالاضافة الى كلّ مكان له فيه مـالية ، فكـيف يـصحّ ضـمانه بالقيمة فضلاً عن تعيّن قيمة مكان بعينه لأنّه ترجـيح بـلا مـرجّـح ، نـعم لو احتمل بقاء المثل في الذمة الى حين الاداء و ان خرج عن المالية غاية الامر أنّه لا يستوفى الاّ بما هو مال ، فالاصل يقتضي الاكثر ، لاصالة عدم فراغ الذمة بدفع الاقل .

لكن هذا الاحتمال بعيد عن مبنى القول المذكور ، و من هنا يشكل القول المصرح به في كلام الجماعة جدّاً ، لما عرفت من عدم المقتضي للقيمة في كل مكان ، فضلاً عن قيمة مكان الضمان .

ما هو حكم المتمكن من المثل عند تعذره ؟

قوله رحمه الله : **لانّ القيمة حينئذ بدل الحيلولة عن المثل.**

هذا ان تمّ اقتضى وجوب المثل عند التمكّن، بناء على مختاره من بقاء نفس المثل في الذمة بطريق الاولى ، فانّ اقتضاء دفع ما في الذمّة لسقوطه بنحو لا يعود أولى من اقتضاء دفع بدله لذلك ، مع أنّه غير تامّ ، لاختصاص بدل الحيلولة بالعين الّتي لاتخرج عن ملك المالك بتعذّر أدائها لعدم الموجب ، و دفع المضمون به انّما هو تدارك لما فات على المالك بتعذّرها ، و لا يجيء في المثل الّذي تبدّل الى القيمة في الذمة ، و خرج عن كونه مملوكاً للمالك لانتفاء الوجود الخارجي له و الذمي ، أو سقط عن الذمة بدفع بدله كما هو على مختار المصنف رحمه الله و المشهور.

نعم لو احتمل بقاء المثل في الذمة على هذا القول حتّى بعد أداء القيمة كان لما ذكر وجه ، لكنّه لا قائل به و خلاف المرتكزات العرفية .

٧ـ ضمان القيمي بالقيمة في المقبوض بالعقد الفاسد

قوله رحمه الله : **مقتضى اطلاق أدلّة الضمان .**

يعني الاطلاق المقامي لادلّة الضمانات حيث لم يتعرّض فيها لكيفيته، مع أنّها واردة في مقام البيان ، فلا بدّ أن يكون المتكلم قد اتّكل

في بيانها على الكيفية العرفية ،كما أشار الى ذلك المصنف رحمه الله في التنبيه السابق .

قوله رحمه الله : **و في الشرائع في باب القرض .**

قال في الشرائع في قرض القيمي : «أنّه يثبت في الذمـة قـيمته وقت التسليم و لو قيل يثبت مثله كان حسناً ـ انتهى ».

و في التذكرة : «و ان لم يكن مثليّاً فان كان ممّا ينضبط بالوصف و هو ما يصحّ السلف فيه كالحيوان و الثياب ، فالاقرب أنّه يضمن بمثله من حيث الصورة ، لان النبي صلى الله عليه وآله استقرض بكر ـ الخ ».

و ظاهره الموافقة للشرائع ، و فى الجواهر : «الانصاف عدم خلوّ القول به من قوّة ، باعتبار معهوديّة كون قرض الشيء بمثله ، بل مبنى القرض على ذلك ، بل قد يدّعى انصراف اطـلاق القـرض اليـه ، و ربّـما يـؤيده نصوص الخبر الّذي يقوى كونه قيميّاً ، و لذا تجب قيمته في اتلافه بأكل و نحوه .

قوله رحمه الله : **فيردّه اطلاقات الروايات الكثيرة.**

هذه الاطلاقات على تقدير تماميّتها ليست في القرض ، فالتعدّي منها الى القرض غير ظاهر ، و لا اجماع على عدم الفصل ، فانّ خلاف الجماعة في القرض و وفاقهم في غيره شاهد بذلك ، فالارتكاز العرفي في القرض من الضمان فيه بالمثل مطلقاً لا رادع عن العمل به ، فيتعيّن.

قوله رحمه الله : **و منها رواية تقويم العبد .**

المضمون المذكور تضمّنه جملة من الروايات ، منها صحيح الحلبي عن ابي عبد الله عليه السلام : « سألته عن مملوك بين الشركاء فـيعتق أحـدهم نصيبه ، فقال عليه السلام : انّ ذلك فساد على أصحابه فلا يستطيعون على بيعه و لا مؤاجرته ، فقال عليه السلام : يقوّم قيمة فيجعل على الّذي أعـتقه عـقوبة

و انّما جعل ذلك عليه عقوبة لما أفسده »[١].

و نحوه صحيح سليمان بن خالد[٢]، و موثق سماعة[٣]، و قريب منها غيرها[٤].

لكن في ظهورها في الضمان الّذي هو محلّ الكلام تأمّلاً، لاحتمال كونه معاوضة شرعية قهرية، و باب التقويم غير باب التضمين، بل لعلّ ذلك ظاهر بعضها.

---

١ ـ الكافي ٦:١٨٢، عنه الوسائل ٢٣:٣٦.

٢ ـ عن سليمان بن خالد، عن أبي عبدالله عليه السلام قال: سألته عن المملوك يكون بين شركاء، فيعتق أحدهم نصيبه؟ قال: انّ ذلك فساد على أصحابه، فلا يستطيعون بيعه و لا مؤاجرته، قال: يقوّم قيمة فيجعل على الذي اعتقه عقوبة، و انّما جعل ذلك لما أفسده (التهذيب ٨:٢٢٠، الاستبصار ٤:٤، عنهما الوسائل ٢٣:٣٩).

٣ ـ عن سماعة، قال: سألته عن المملوك بين شركاء فيعتق أحدهم نصيبه، فقال: هذا فساد على أصحابه يقوم قيمة و يضمن الذي أعتقه لانه أفسده على أصحابه (الكافي ٦:١٨٣، التهذيب ٨:٢٢٠، الاستبصار ٤:٣، عنهم الوسائل ٢٣:٣٨).

٤ ـ عن عبدالرحمان بن ابي عبدالله قال: سألت ابا عبدالله عليه السلام عن قوم ورثوا عبداً جميعاً فأعتق بعضهم نصيبه منه، كيف يصنع بالذي أعتق نصيبه منه هل يؤخذ بما بقي، قال: نعم يؤخذ بما بقي منه بقيمته ثم اعتق (الكافي ٦:١٨٣، التهذيب ٨:٢١٩، الاستبصار ٤:٣، عنهم الوسائل ٢٣:٣٨).

و عن محمد بن قيس، عن ابي جعفر عليه السلام قال: من كان شريكا في عبد أو امة قليل أو كثير فأعتق حصته و له سعة فليشتره من صاحبه فيعتقه كله و ان لم يكن له سعة من مال نظر قيمته يوم اعتق منه ما اعتق ثم يسعي العبد بحساب ما بقي حتى يعتق (الكافي ٦:١٨٣، التهذيب ٨:٢٢١، الاستبصار ٤:٤، عنهم الوسائل ٢٣:٣٧).

و عنه، عن ابي جعفر عليه السلام قال: قضي امير المؤمنين عليه السلام في عبد كان بين رجلين، فحرّر أحدهما نصيبه و هو صغير و أمسك الاخر نصفه حتى كبر الذي حرّر نصفه، قال: يقوّم قيمة يوم حرّر الاول و أمر المحرّر أن يسعي في نصفه الذي لم يحرر حتى يقضيه (الكافي ٦:١٨٣، الفقيه ٣:٦٧، عنهما الوسائل ٢٣:٣٧).

قوله رحمه الله : سقط من دينه بحساب ذلك .

المذكور في بعض النصوص أنّهما يترادّان الفضل [١]، و في بعضها : ان كان أكثر من مال المرتهن فهلك أن يؤدي الفضل الى صاحب الرهن و ان كان أقلّ من ماله فهلك الرهن أدّى اليه صاحبه فضل ماله و ان كان الرهن سواء فليس عليه شيء [٢]، و في بعضها ما هو قريب من ذلك [٣].

و مقتضى اطلاقها عدم الفرق بين أن يكون الرهن مثليّاً و قيميّاً ، كما أنّ اطلاق بعضها يقتضي ايضاً عدم الفرق بين كـون الديـن قـيميّاً و مـثليّاً ، و حملها على ما نحن فيه يتوقّف على حملها على كون كـلّ مـن الديـن و الرهن قيميّاً أو كون الدين نفس القيمة الّتي يضمن بها الرهن لكونه قيميّاً

---

١ ـ عن ابان بن عثمان ، عمن اخبره ـ و في الفقيه : ابان بن عثمان عن ابي عبدالله عليه السلام ـ عن ابي عبد الله عليه السلام انه قال في الرهن : اذا ضاع من عند المرتهن من غير ان يستهلكه رجع في حقه على الراهن فأخذه ، فان استهلكه ترادّا الفضل بـينهما (الكـافي ٥: ٢٣٤ ، التـهذيب ٧: ١٧٢، الاستبصار ٣: ١٢٠، عنهم الوسائل ١٨: ٣٨٧).

٢ ـ عن ابن بكير ، قال : سألت أبا عبدالله عليه السلام في الرهن فقال : ان كان أكثر مـن مـال المرتهن فهلك أن يؤدي الفضل الى صاحب الرهن ، و ان كان أقلّ من ماله فهلك الرهن أدّى اليه صاحبه فضل ماله ، و ان كان الرهن سواء فليس عليه شيء (الكافي ٥: ٢٣٤، التهذيب ٧: ١٧١، الاستبصار ٣: ١١٩، عنهم الوسائل ١٨: ٣٩١).

٣ ـ عن محمد بن قيس ، عن أبي جعفر عليه السلام قال : قضى أمير المؤمنين عليه السلام في الرهن اذا كان أكثر من مال المرتهن فهلك أن يؤدي الفضل الى صاحب الرهن ، و ان كان الرهن أقلّ من ماله فهلك الرهن أدّى الى صاحبه فضل ماله ، و ان كان الرهن يسوّى ما رهنه فليس عليه شيء (الفقيه ٣: ١٩٩ ، عنه الوسائل ١٨: ٣٩٢).

عن أبي حمزة قال : سألت أبا جعفر عليه السلام عن قول علي عليه السلام : يترادان الفضل ، فقال : كان علي عليه السلام يقول ذلك ، قلت : كيف يترادّان ؟ فقال : ان كان الرهن أفضل مما رهن به ثم عطب ردّ المرتهن الفضل على صاحبه ، و ان كان لا يسوّى ردّ الراهن ما نقص من حقّ المرتهن (الكافي ٥: ٢٣٤، التهذيب ٧: ١٧١، الاستبصار ٣: ١١٩ ، عنهم الوسائل ١٨: ٣٩٠).

و ان كان الدين مثليّاً ، اذ لو كانا مثليّين كانت النصوص أجنبية عمّا نحن فيه ، كما أنّه لو كان أحدهما مثليّاً و الآخر قيميّاً كان مقتضى القاعدة ضمان المثلي بمثله و القيمي بقيمته لا ضمان أحدهما بالآخر ، و كذا لو كان الدين مثليّاً و كان من القيمة و كان الرهن قيميّاً فلا يتعيّن ضمانه بعين الدين.

مثلاً اذا كان الدين من الدراهم و كان الرهن قيميّاً فالبناء على ضمانه بالقيمة لا يقتضي ضمانه بنفس الدراهم ، لجواز ضمانه بغيرها من القيم كالدنانير و الدوانيق .

و من ذلك يظهر أنّ الاستدلال بها على ما نحن فيه يتوقّف على مثل هذه التكلّفات ، و لعلّ حملها على المعاوضة الشرعية قهراً أو على صورة التراضي بين الراهن و المرتهن بذلك أولى.

قوله رحمه الله : **و منها غير ذلك من الاخبار الكثيرة.**

مثل رواية السفرة المطروحة في الطريق الّتي رواها السكوني [1] ، وبعض ما ورد في اللقطة [2].

لكن الظاهر أنّ ذلك ليس ممّا نحن فيه ، بل هو من باب جواز التصرف بالقيمة نظير التملك بالقيمة ، و قد عرفت أنّ باب التقويم غير باب

---

١ ـ عن السكوني ، عن ابي عبدالله عليه السلام سئل عن سفرة وجدت في الطريق مطروحة ، كثير لحمها و خبزها و بيضها و جبنها و فيها سكين ، فقال امير المؤمنين عليه السلام : يقوّم ما فيها و يؤكل لانه يفسد و ليس له بقاء ، فان جاء طالبها غرم له الثمن ـ الخبر (الكافي ٦:٢٩٧ ، عنه الوسائل ٢٥:٤٦٨) .

٢ ـ محمد بن علي بن الحسين قال : قال الصادق عليه السلام : ان وجدت طعاماً في مفازة فقوّمه على نفسك لصاحبه ثمّ كله ، فان اء صاحبه فردّ عليه القيمة (الفقيه ٣:١٩٠، الرقم : ٨٥٥، عنه الوسائل ٢٤:٤٤٤).

التضمين، و لذا يمكن الالتزام به حتّى في المثلي، بل البيض و اللحم مورد رواية السكوني و هما من المثلي، فلاحظ.

الاقوال في تعيين قيمة المقبوض بالعقد الفاسد اذا كان قيميّاً

قوله رحمه الله : **بالتزام مال معادل له.**

و المعادلة انّما تكون بين النقص المالي على المالك و بين المال المعادل له، و النقص انّما يكون في حال التلف لا فيما قبله و لا فيما بعده، اذ فيما قبله مال المالك على حاله لا نقص عليه فيه، و لذا لو دفعه اليه قبل التلف بريء من ضمانه، و فيما بعده لا مال للمالك حتّى يتصوّر فيه نقص على المالك، فالمتعيّن تدارك النقص المالي الوارد على المالك بلحاظ حال التلف لا غير.

قوله رحمه الله : **اذ يلزم حينئذ أن يكون المغصوب.**

يعني يلزم أن يكون الغاصب أخفّ حكماً من غيره و هو باطل، لأنّه امّا مساو لغيره أو أشقّ.

و فيه انّه يمكن أنّ التدارك في المغصوب على نحو خاص تارة يكون فيه الغاصب أخفّ و اخرى يكون أشقّ، كما اذا كانت قيمته يوم الغصب أكثر من قيمته يوم التلف.

قوله رحمه الله : **مؤاخذة له بأشقّ الاحوال.**

يعني فلا يتعدّى منه الى غيره في حكمه.

الاعتبار بقيمة يوم القبض (صحيحة أبى ولاّد)

قوله رحمه الله : **فروى الشيخ في الصحيح عن أبي ولاد.**

رواه الشيخ باسناده عن أحمد بن محمد، عن ابن محبوب، عن ابي ولاد

الحناط ، و رواه الكليني رحمه الله عن عدة من اصحابنا ، عن احمد بن محمد مثله [٥].

---

٥ ـ قال : اكتريت بغلا الى القصر ابن هبيرة ذاهباً و جائياً بكذا و كذا ، و خرجت في طلب غريم لي ، فلما صرت قرب قنطرة الكوفة خبرت ان صاحبي توجه الى النيل ، فتوجّهت نحو النيل ، فلما أتيت النيل خبّرت ان صاحبي توجه الى بغداد ، فاتبعته و ظفرت به و فرغت مما بيني و بينه و رجعنا الى الكوفة ، و كان ذهابي و مجيئي خمسة عشر يوما ، فأخبرت صاحب البغل بعذري و أردت ان أتحلّل منه مما صنعت و أرضيه ، فبذلت له خمسة عشر درهما ، فأبي أن يقبل ، فتراضينا بأبي حنيفة ، فأخبرته بالقصة و أخبره الرجل ، فقال لي : و ما صنعت بالبغل ، فقلت : قد دفعته اليه سليماً ، قال : نعم بعد خمسة عشر يوما، فقال : ما تريد من الرجل ، قال : اريد كري بغلي فقد حبسه علي خمسة عشر يوما ، فقال : ما أري لك حقا لانه اكتراه الى قصر ابن هبيرة فخالف و ركبه الى النيل و الى بغداد فضمن قيمة البغل و سقط الكري ، فلما رد البغل سليما و قبضته لم يلزم الكري .

قال : فخرجنا من عنده ، و جعل صاحب البغل يسترجع ، فرحمته مما أفتي به ابوحنيفة ، فأعطيته شيئا و تحلّلت منه ، فحججت تلك السنة فأخبرت ابا عبد الله عليه السلام بما أفتي به ابوحنيفة ، فقال : في مثل هذا القضاء و شبهه تحبس السماء ماءها ، و تمنع الارض بركتها ، قال : فقلت لابي عبدالله عليه السلام : فما تري انت ، قال : أري له عليك مثل كري بغل ذاهبا من الكوفة الى النيل ، و مثل كري بغل راكبا من النيل الى بغداد ، و مثل كري بغل من بغداد الى الكوفة توفيه اياه، قال : فقلت : جعلت فداك اني قد علفته بدراهم فلي عليه علفه ، فقال : لا لانك غاصب ، فقلت : أرايت لو عطب البغل و نفق أليس كان يلزمني ، قال : نعم قيمة بغل يوم خالفته ، قلت : فان أصاب البغل كسر أو دبر أو غمز (و في التهذيب : عقر ، و في الوافي : غمر) فقال : عليك قيمة ما بين الصحة و العيب يوم ترده عليه ، قلت : فمن يعرف ذلك ، قال : أنت و هو اما أن يحلف هو على القيمة فتلزمك ، فان رد اليمين عليك فحلفت على القيمة لزمه ذلك ، أو يأتي صاحب البغل بشهود يشهدون أن قيمة البغل حين اكري كذا و كذا فيلزمك ، قلت : اني كنت أعطيته دراهم و رضي بها و حلّلني ، فقال : انما رضي بها و حلّلك حين قضي عليه ابوحنيفة بالجور و الظلم ، و لكن ارجع اليه فأخبره بما افتيتك به ، فان جعلك في حل بعد معرفته فلا شيء عليك بعد ذلك .

قوله رحمه الله : امّا باضافة القيمة المضافة الى البغل اليه.

لم يعهد في الاستعمال اضافة الاسم مرّتين، بل قيل انّه ممتنع ، سواء أكانت الاضافتان في رتبة واحدة أم في رتبتين، اذ في الاوّل يلزم أن يكون الامر الواحد منظوراً اليه في حين واحد بنظرين متباينين ، و فى الثاني يلزم أن تكون الاضافة الواقعة في الرتبة الاولى ملحوظة بـاللحاظ الآلي كما هو مقتضى كونها اضافة خاصة واقعة بين المضاف و المضاف اليـه الموجبة للربط بينهما ، و باللحاظ الاستقلالي كـما هـو مـقتضى كـونها مقوّمة للمضاف .

و قد يستشكل في الاوّل بمنع اللازم ، نعم يلزم أن يكون الامر الواحد ملحوظاً طرفاً لاضافتين ، كما في مثل قولنا : قام غلام زيد ، فانّ الغلام وقع طرفاً لاضافته الى القيام اضافة الفاعل لفعله ، و طرفاً لاضافته الى زيد اضافة الاختصاص ، و لا مانع منه ، و اختلاف سنخ الاضافة لا أثر له في الامكان .

نعم لا بدّ أن يكون للمضاف جهات تقوم بها الاضافات المختلفة ، و من المعلوم أنّ الحيثية الّتي تقوم بها اضافة القيمة الى البغل غير الحيثية الّتي تقوم بها اضافتها الى اليوم ، اذ الحيثية الاولى كونها مقوماً بها و أنّه ماليته و بدله ، و الثانية حيثية كونها مظروفة لليوم ، فكما يصحّ أن تقول : لزمني قيمة بغل ، و لزمني قيمة يوم الجمعة ، يصحّ أن تقول : لزمني قيمة بغل يوم الجمعة .

← قال ابو ولاد : فلما انصرفت من وجهي ذلك لقيت المكاري ، فأخبرته بما أفتاني به ابو عبدالله عليه السلام و قلت له : قل ما شئت حتى اعطيكه ، فقال : قد حببت اليّ جعفر بن محمد عليهما السلام و وقع في قلبي له التفضيل و أنت في حل ، و ان احببت ان ارد عليك الذي اخذت منك فعلت (الكافي ٥: ٢٩٠، التهذيب ٧: ٢١٥) ، صحيحة .

و في الثانى بأنّ الموجب لكونها ملحوظة باللحاظ الاسمي كونها طرفاً للاضافة لاكونها مقومة لطرف الاضافة، و الثاني لا مانع منه، كما اذا قلت: أكرم ولد زيد، فانّ موضوع الاكرام ليس ذات الولد بل الولد المضاف الى زيد.

و فيه انّ الاضافة لمّا كانت معنى حرفيّاً قائماً في غيره و ملحوظة تبعاً لغيرها فلا يمكن تعدّدها مع وحدة لحاظ غيره، لأنّه من اجتماع المثلين، نعم يكفي في تعدّدها تعدّد طرفيها و لو كان لتعدّد الجهات الملحوظة فيه، فيكون الامر الواحد موضوعاً لاضافتين بلحاظ جهتين، و ذلك انّما يكون مع اختلاف سنخ الاضافة لاجل قيام كلّ سنخ منها بجهة كما في الجمل التركيبية، و أمّا مع وحدة سنخ الاضافة الموجب لتعلّق كلّ فرد منها بعين الجهة الّتي تعلّق بها الفرد الآخر فلا تعدّد في الموضوع، لا ذاتاً و لا عرضاً، فيمتنع تعدّدها.

و من ذلك يظهر الوجه في جواز قيام الاضافتين بالغلام في المثال المذكور، فانّ اضافة الفاعلية قائمة به بلحاظ جهة خاصة و اضافة الاختصاص قائمة به بلحاظ جهة اخرى، و عدم الجواز فيما نحن فيه لاتّحاد الجهة.

و كذا في مثل: قام زيد عمرو، و: ضربت زيداً عمرواً، فانّ اضافة الفاعلية في الاول و اضافة المفعولية في الثاني انّما تكون بلحاظ جهة واحدة لا تكرّر فيها، فلا يمكن تكرّر الاضافة معها، و لذا لم يصحّ المثالان المذكوران، نعم يصحّ العطف في مثل: قام زيد و عمرو، لانّ العطف بمنزلة التكرار، فكأنّك قلت: قام زيد قام عمرو، و اضافة الاختصاص سنخ واحد و ان تعدّد منشؤه، فكما لا يجوز: قام غلام زيد عمرو، لا يجوز: عندي خاتم حديد زيد.

هذا اذا كانت الاضافتان في رتبة واحدة ، و أمّا لو كانتا مترتّبتين ، مثل قولنا : ماء لحم زيد ، و : خاتم حديد زيد ، على أن يكون المضاف الى زيد ماء لحم و خاتم حديد ، فما ذكر و ان لم يكن مانعاً عن الاضافة الثانية لتعدّد الجهة ، و لا يلزم منه ملاحظة الاضافة الاولى باللحاظ الاستقلالي ، لكنّه غلط في اللغة العربية ، فانّه لا تجوز اضافة المضاف و ان جاز اضافة المضاف اليه المعبّر عنه بتتابع الاضافات ، كما لو قصد اضافة اللحم و الحديد الى زيد في المثالين المتقدمين.

و كيف كان فلو أبدل المصنف رحمه الله هذا الاحتمال باحتمال كون يوم المخالفة حالاً من القيمة أو صفة لها لتمّ له المقصود من دون حاجة الى ما ذكر ، فلاحظ .

قوله رحمه الله : **فيكون اسقاط حرف التعريف.**

حرف التعريف انّما يسقط من المضاف لا من المضاف اليه ، و البغل ليس مضافاً الى اليوم ، و انّما المضاف اليه القيمة ، و لو أراد كون المجموع هو المضاف فلا ينفع ايضاً ، لأنّه يكون من قبيل المركّب و اضافته لا تقتضي الحذف .

قوله رحمه الله : **قيداً للاختصاص .**

الظاهر أنّ الاختصاص عين الاضافة الخاصة القائمة بين المضاف و المضاف اليه ، فان لوحظت باللحاظ الاستقلالي كانت معنى اسميّاً مدلولاً عليه بلفظ الاختصاص و نحوه ، و ان لوحظت باللحاظ الآلي كانت معنى حرفيّاً مدلولاً عليه بالهيئة الّتي عليها المضاف و المضاف اليه أو باللام الظاهرة أو المقدرة ، و حينئذ لا يتعلّق بها الجار و المجرور .

اذ لابدّ في متعلّقهما من أن يكون ملحوظاً معنى اسميّاً ، لانّ تعلّق شيء بآخر يستوجب اضافة بينهما ، و تلك الاضافة لا تقوم بالمعنى

الحرفي ، بل لا بدّ أن تقوم بمعنى اسمي ليكون ملحوظاً على نحو الاستقلال و تلحظ الاضافة تبعاً له ، كما هو ظاهر .

قوله رحمه الله : **لانّ السائل انّما سأل عمّا يلزمه بعد التلف.**

حاصله أنّ ملاحظة السؤال تقتضي علم السائل بأنّ اللزوم بعد التلف ، كما يقتضيه تعليق اللزوم على العطب و النفوق ، فاذا كان ظرف اللزوم التلف امتنع أن يكون يوم المخالفة قيداً له ، لأنّه يلزم أن يكون ظرفه يوم المخالفة ايضاً ، و ذلك متناف ، فلا بدّ أن يكون يوم المخالفة قيداً لامر آخر غير اللزوم .

و ايضاً فانّ ظاهر السؤال السؤال عن المقدار اللازم بالتلف بعد العلم بثبوت الضمان به ، فلا بدّ أن يحمل الجواب على ارادة بيان المقدار ، و ذلك يقتضي تعليق الظرف بغير اللزوم ، و الّا لم يكن جواباً عن السؤال .

قوله رحمه الله : **كما يدلّ عليه : «أرأيت ـ الخ».**

لا يخفى أنّ ضمير الفاعل في قول السائل : يلزمني ، راجع الى البغل ، فانّ حمل الاستفهام على الحقيقي فقد دلّ على جهل السائل بلزوم البغل على تقدير التلف ، فلا طريق الى دعوى علم السائل باللزوم فضلاً عن كونه بسبب المخالفة ، و لا الى كون السؤال عن المقدار اللازم .

و ان حمل على الاستفهام التقريري فقد دلّ على علم السائل بلزوم البغل ، و حينئذ لا بدّ أن يكون الغرض من التقرير المذكور امّا الاستشكال في قوله عليه السلام : «أرى له عليك ـ الخ » ، من جهة منافاة الضمان للزوم الاجرة أو غير ذلك .

و كيف كان فلا دليل على كون السؤال عن المقدار اللازم بسبب المخالفة كما لعلّه ظاهر ، و ممّا ذكرنا يظهر أنّه لا داعي الى حمل السؤال على الاستفهام التقريري ، بل لا يجوز ، لعدم مساعدة الجواب على

ذلك ، فيتعيّن حمله على الاستفهام الحقيقي ، و يكون ذكر القـيمة فـي الجواب ردعاً عن توهّم لزوم نفس البغل ، كما أنّ ذكر يوم المخالفة كان ردعاً عن توهّم ثبوت الضمان بمجرد القبض .

و على هذا فالظرف متعلّق بفعل مقدّر مدلول عليه بحرف الجواب ، أعني قوله : يلزمك ، كما أنّ لفظ : قيمة ، فاعل له ، و اذا كان صالحاً لتعلّق الفاعل به فأولى أن يتعلّق به الظرف ، و يكون حاصل الجواب : يلزمك يوم المخالفة قيمة بغل على تقدير التلف .

و لا منافاة بين كون ظرف اللزوم التلف و كون اللزوم يوم المخالفة ، اذا لم يجعل يوم المخالفة ظرفاً للزوم المطلق ، و انّما جعل ظرفاً للزوم المذكور في السؤال ، و هو اللزوم على تقدير التلف ، فلا يدلّ على قيمة يوم المخالفة في قبال يوم التلف ، و لا على قيمة يوم التلف فى قبال يوم المخالفة ، الاّ اذا اريد من يوم المخالفة زمانها في مقابل الزمـان السـابق عليها ، و هو زمان قبض العين ، و يكون ذكر يوم المخالفة لدفـع تـوهّم الضمان قبله بمجرد القبض ، كما هو غير بعيد ، فانّه على هذا يكون دليلاً على اعتبار زمان التلف لا غير .

و بالجملة يدور الامر بين جعل الظرف قيداً للقيمة حـالاً أو صـفة ، و بين جعله قيداً للزوم على تقدير التلف ، و الثاني أولى ، لعدم احتياجه الى تقدير المتعلّق الّذي هو خلاف الاصل ، لا أقلّ من الاجمال الموجب للرجوع الى المرتكزات العقلائية المقتضية لكون القيمة قيمة يوم التلف .

قوله رحمه الله : **فالظرف متعلّق بعليك.**

ذكر في الجواهر انّ نسخة التهذيب المصحّحة المحشاة الّتي تحضره قد سقط منها لفظ : «اليوم» ، و انّ المذكور فـيها قـوله عليه السلام : «تـرده» ، فلا توقيت فيه ، بل مفاده وجوب ردّ الارش لا غيره .

قوله رحمه الله : **بيوم الرد اجماعاً .**

يعني يوم ردّ العين لا ردّ الارش ، لكن هذا الاشكال بعينه جار في جعله قيداً لـ«عليك» ، اذ يوم ردّ العين ليس زمان وجوب القيمة و ثبوتها في الذمة اجماعاً ، بل زمانه يوم حدوث العيب .

قوله رحمه الله : **دون العيب القليل الحادث.**

يعني بشرط لا ، و الاّ فهو مضمون في ضمن الزيادة الحادثة .

قوله رحمه الله : **على مقتضى الفتوى .**

هذا مقتضى اطلاق فتوى جماعة ، و المصرّح به في كلام بعض هو السقوط ، قال في الشرائع : « فرعان : الاوّل : لو زادت القيمة لزيادة صفة ثمّ زالت الصفة ثمّ عادت الصفة و القيمة لم يضمن قيمة الزيادة التالفة لأنّها انجبرت بالثانية » ، و في المسالك : «لو هزلت الجارية ثمّ سمنت و عادت القيمة كما كانت ففيه قولان ـ انتهى » .

و في الجواهر قال في اثناء كلام له في المقام : «فكلّ صفة ذاهبة يمكن تقديرها مع المتجدّدة و تزداد القيمة بذلك هي لا تنجبر بالمتجدّد ، و كلّ صفة لا يمكن تقديرها مع المتجدّدة أو أمكن و لكن لا تزيد بها القيمة عن المتجدّدة بل هي هي أو تنقص لا تضمن و تنجبر بالثانية ـ انتهى » .

و العمدة في ذلك قصور أدلّة الضمان عن اثباته مطلقاً ، اذ العمدة فيه مثل هذه الصحيحة ، و هي كما ترى امّا ظاهرة في العيب يوم الرد كما يقتضيه كون العيب أقرب الى الظرف ، فأولى أن يتعلّق به من الابعد ، مضافاً الى ما عرفت من الاشكال في تعلّقه بالقيمة ، و بـ«عليك» أو محتملة لذلك .

و حينئذ لا تدلّ على تعيين أحد الامرين ، و الرجوع الى الارتكاز العقلائي يساعد ما ذكره في الشرائع و غيرها ، فانّ بناءهم على عدم

الضمان في العيب المـرتفع لا أقـلّ مـن الشك المـوجب للـرجـوع الى الاصل.

المناقشة في الاستدلال بالصحيحة

قوله رحمه الله : **من عدم اختلاف قيمة البغل.**

كما أشار الى ذلك في الجواهر.

قوله رحمه الله : **دفع ما ربّما يتوهّمه.**

لو كان المقصود ذلك لكان يفي به التعبير بيوم التلف، بل هو واضح فيه من دون أقلّ ابهام، كما هو في التـعبير بـيوم المـخالفة، فـالعدول اليـه بلا وجه ظاهر.

قوله رحمه الله : **من حيث انّه يوم المخالفة.**

اذ العناية به كذلك تقتضي التعبير عنه بلفظه لا بلفظ آخر.

هذا، و مثل هذا الاشعار حاصل بالنسبة الى يوم التلف، حيث عـبّر تارة بيوم الاكتراء و اخرى بيوم المخالفة، و لم يعبّر عنه بـلفظه أصـلاً فيكون عدم العناية فيه أولى، الاّ أنّ هذا لا يعارض الدليل عليه لو تمّ.

قوله رحمه الله : **بمشهد من الناس.**

لم يتّضح الوجه في دعوى هذه الغلبة في ذلك العصر، و لو سلّم فمثل هذا التنبيه انّما يحسن لو كان الخطاب لصاحب البغل لا للغاصب.

قوله رحمه الله : **لم يكن وجه لكون القول قول المالك.**

هذا الاشكال و ما يليه و ان كان مشتركاً بين القول باعتبار يوم المخالفة و القول باعتبار يوم التلف، الاّ أنّ دفعه على الثاني أسهل، كما سيأتي منه رحمه الله ، و لذا عدّه مؤبّداً لا قرينة على ارادة يوم التلف.

قوله رحمه الله : **انّ القول قول المالك.**

لأنّه لابدّ أن يدّعي عدم التنزّل ، و الغاصب يـدّعي التـنزل ، و الاوّل موافق للاصل .

قوله رحمه الله : **في قيمة البغل سابقاً .**

أو في القيمة يوم التلف مع جهلهما بالقيمة السابقة أو اختلافهما في صعود القيمة ، فيدّعى المالك صعودها و ينكره الغاصب ، فانّ الغاصب في هاتين الصورتين يكون منكراً و المالك مدّعياً ، فـعلى الاوّل اليـمين و على الثاني البينة ، بل الاوّل أقرب من غيره .

قوله رحمه الله : **أعني حلف الغاصب .**

يعني اذا لم يكن للمالك بيّنة ، لما عرفت من أنّه مدّع و عليه البينة .

قوله رحمه الله : **أو اللاحق له .**

اذا اتّفقا على القيمة في الزمان اللاحق و ادّعى الغاصب كونها في يوم المخالفة أقلّ كان منكراً ، و ان كان لازم دعواه زيادة القيمة في اللاحق ، فانّ هذه الزيادة لمّا لم تكن موضوعاً لاثر شـرعي فأصـالة عـدمها غـير جارية ، فلا يكون موافقها منكراً ، كما أنّ الاستصحاب القهقرى و أصالة تشابه الازمان ليس على حجّيتهما في المقام دليل.

قوله رحمه الله : **و ادّعى الغاصب نقصانه عن تلك يوم المخالفة.**

يكون هو المدّعي ، و يكون اليمين على المالك ، و أمّا الحكم بسماع بيّنة المالك فلا بدّ من حمله امّا على صورة دعواه زيادتها يوم المخالفة ، أو على صورة عدم اتّفاقهما على شيء ، بـل يـدّعي المـالك أنّـها يـوم المخالفة مقدار بعينه و ينكر ذلك الغاصب على نحو ما مرّ ، بـناء عـلى اعتبار يوم التلف .

قوله رحمه الله : **و لا يخفى بُعده .**

كأنّه من جهة عدم ابتلاء الغاصب بالبغل قبل المخالفة ، ليصحّ اتّفاقه

مع المالك على قيمته حينئذ.

و فيه مع أنّ هذا لا يطّرد فيما ذكره من اتّفاقهما على القيمة في الزمان اللاحق ليوم المخالفة، انّ ذلك قريب بملاحظة زمان المالك للعين لندرة التغابن و غلبة الشراء بقيمة المثل، بل هذا أقرب ممّا ذكره ﴿قدس سره﴾، اذ مجرّد الابتلاء به قبل التلف ممّا لا يدعو الى الاتفاق على القيمة، فلاحظ.

قوله ﴿رحمه الله﴾ : **و أبعد منه حمل النصّ على التعبّد.**

لا يخفى أنّ غالب صور الاختلاف في القيمة بين المالك و الغاصب أن يكون المالك مدّعياً و الغاصب منكراً، لانّ المالك يدّعي زيادة القيمة و الغاصب يدّعي النقيصة، و حمل الرواية على الغالب يوجب مخالفتها للقواعد من الوجهين اللّذين اشار اليهما المصنف ﴿رحمه الله﴾، من جعل اليمين وظيفة للمالك، و من قبول بيّنته، لكن يرجعان في الحقيقة الى أمر واحد، لانّ قبول بيّنة المدّعي ممّا لا اشكال فيه، فالمخالفة للقواعد من جهة قبول قول المالك المدّعي بيمينه فقط، و من الجائز أن يكون لخصومة المالك و الغاصب خصوصية لاجلها صحّ قبول قوله بيمينه مع كونه مدّعياً، لانّه أعرف بقيمة بغله و أبعد عن الاتّهام، بخلاف الغاصب الّذي هو أجنبي عن البغل و موضع الاتّهام لتعدّيه و ظلمه، و لذا اشتهر أنّه يؤخذ بأشقّ الاحوال.

و حمل النص على التعبد في خصوص مورده لما ذكرناه ممّا يساعده ارتكاز العرف في الجملة ليس بأبعد من حمل الاحكام المذكورة في النصّ على صور مختلفة كلّها بعيدة، فانّ ذلك التزام بعيد في بعيد كما لا يخفى.

هذا، و يمكن حمل الرواية على صورة التداعي عند الحاكم كما يقتضيه قول السائل: فمن يعرف ذلك، فانّه ظاهر في السؤال عن طريق

معرفة القيمة الّتي يلزم أداؤها ، و يكون الجواب متكفّلاً لبيان ثلاثة طرق : اخبار المالك مع يمينه ، و اخبار الغاصب كذلك ، و البينة ، فيكون قوله عليه السلام : «امّا أن يحلف ـ الخ » ، تفسير لقوله عليه السلام : «أنت و هو » ، و قوله عليه السلام : «أو يأتي ـ الخ » ، بيان لطريق ثالث ، و هو البينة ، فالجواب بيان لطرق القيمة في الجملة .

و ليس المراد منه بيان طرق حكم الحاكم بمقدار القيمة كي يتعيّن حمل الكلام على بيان طرق الحاكم المترتّبة الّتي هي البينة ثمّ يمين المنكر ثمّ اليمين المردودة ، بل الكلام بيان لطرق معرفة القيمة في الجملة كلّ في محله ، فمع جهل الغاصب و المالك تكون البينة طريقاً لهما ، و مع جهل الغاصب و علم المالك يكون اخبار المالك مع يمينه حجّة للغاصب ، و مع جهل المالك و علم الغاصب يكون اخبار الغاصب مع يمينه طريقاً للمالك ، و التأمّل في قول السائل : «قلت : فمن يعرف ـ الخ » ، يوجب الوثوق بظهور الرواية فيما ذكرنا ، فلا تشمل صورة النزاع و الترافع الى الحاكم ، بحيث يكون ما ذكر منها طريق الحاكم في حكمه ، فلاحظ .

الاعتبار بأعلى القيم من يوم الغصب الى يوم التلف

قوله رحمه الله : **كما حكي عن الشهيد الثاني .**

حكاه في الجواهر عن كتابيه المسالك و الروضة ، فقال في المسالك : «انّ في خبر أبي ولاد ما يدلّ على وجوب أعلى القيم بين الوقتين» ، و قال في الثاني : «انّه قوي لمكان هذا الخبر الصحيح » ، فلاحظ .

قوله رحمه الله : **و لم أظفر بمن وجّه دلالتها.**

يمكن توجيهه بأنّ المراد من يوم المخالفة زمان المخالفة لا خصوص

يوم حدوثها، و حينئذ يدخل الاقلّ من القيم تحت الاكثر على حسب ما ذكره بقوله: نعم استدلوا ـ الخ، و قد أشار في الجواهر الى بعض الوجوه في توجيه الاستدلال بالصحيح، فراجع.

قوله رحمه‌الله: **بعض من تأخر.**

هو صاحب الجواهر رحمه‌الله، فانّه بعد الاستدلال عليه بقاعدة الضرر قال: «و من هنا كان خيرة العلامة الاكبر الآقا محمد باقر البهبهاني قدس‌سره فيما حكي عنه، الاّ أنّك قد عرفت فيما تقدّم اقتضاء القاعدة المزبورة فوات الاعلى مع فواته و ان ردّ العين نفسها و هو مخالف للاجماع بقسميه ـ انتهى».

و قد يشكل ما ذكر بأنّ الاجماع على عدم العمل بالقاعدة عند ردّ العين نفسها لا يقتضي سقوط القاعدة في غيره من الموارد الّتي لا اجماع على خلافها، فالعمدة في سقوط القاعدة عدم شمولها للمقام، لأنها انّما تقتضي نفي الحكم الضرري لا اثبات حكم يلزم من عدم ثبوته الضرر.

قوله رحمه‌الله: **اذ لا فرق مع عدم التمكّن منها.**

لا يخفى وضوح الفرق بين التلف و البقاء، اذ في التلف يكون الذمي القيمة و في البقاء يكون المضمون نفس العين، و هذا الفرق هو الفارق بينهما فيما نحن فيه، و موجب لالحاق صورة بقائها الى أن تتلف بصورة بقائها الى أن تدفع الى المالك، لانّ التلف في زمان أعلى القيم يوجب اشتغال الذمة بالاعلى.

على ما عرفت من أنّ مقتضى الضمان مع التلف تدارك النقص المالي، و هو لا يحصل الاّ بذلك، أمّا مع عدم التلف فلا موجب للاشتغال بالاعلى ما دامت العين موجودة، مع أنّ عدم تمكين المالك لو كان موجباً للالحاق بالتلف لزم قيمة يوم المخالفة كما سيأتي نقله عن التحرير،

لا أعلى القيم بعده ، اذ الاعلى حينئذ يكون كالاعلى بعد التلف لا يكون مضمونا على الغاصب .

قوله رحمه الله : **تدارك تلك المالية .**

قد عرفت أنّه مع وجود العين لا موجب للتدارك لعدم النقص و الاّ فلا وجه للاكتفاء في التدارك بردّ العين، و كون ارتفاع القيمة أمراً اعتباريّاً مسلّم ، لكنّه لا يجدي فيما نحن فيه ، لانّ المضمون في القيميات ليس هو نفس ارتفاع القيمة بل المال المساوي للتالف في القيمة ، و الاّ فعدم ضمان الارتفاع مطّرد في جميع القيميات و لا يضمن بنفسه فيها ، و من ذلك تعرف الاشكال في قوله : و الحاصل ان ـ الخ .

قوله رحمه الله : **أكثرها ، فتأمّل.**

يحتمل أن يكون اشارة الى ما ذكرناه آنفاً.

الاستدلال عليه بأصالة الاشتغال

قوله رحمه الله : **حيث انّ الشك في التكليف بالزائد.**

الشك انّما هو فيما اشتغلت به الذمة من المال لا في التكليف .

ثمّ انّ الجواب المذكور ذكره في الجواهر دفعاً للدعوى المذكورة .

قوله رحمه الله : **باستصحاب الضمان .**

هذا يتمّ لو كان مفاد الحديث كون ما في الذمة نفس المأخوذ الى ان تدفع القيمة ، اذ الشك على هذا يكون في فراغ الذمة من العين بدفع الاقلّ أمّا اذا كان الثابت في الذمة القيمة و تردّدت بين الاقلّ و الاكثر فالاستصحاب يقتضي عدم ثبوت الاكثر لا أنّه يقتضي ثبوت الاكثر ، كما حقّق في مبحث الاقلّ و الاكثر الارتباطيين.

قوله رحمه الله : **و القبض ، فافهم .**

لعلّه اشارة الى الاشكال في التخصيص بالمورد المذكور.

عدم العبرة بزيادة القيمة بعد التلف

قوله رحمه الله: **و لعلّه كما قيل.**

ذكر ذلك في الجواهر، ثمّ قال: «و هو كما ترى مع ضعف المبني عليه ينبغي تقييده بما اذا تعذّر المثل».

أقول: مقتضى بعض الادلّة المتقدّمة الاعتبار بالزيادة هنا كما قبل التلف.

ارتفاع القيمة بحسب الامكنة

قوله رحمه الله: **و تداركه بحسب ماليته.**

يعني انّ الوجه المعين لقيم زمان التلف و هو تدارك النقص المالي الوارد على المالك الّذي هو ملاك الضمان في القيميات بعينه يعين قيمة مكان التلف، لانّ النقص الوارد على المالك انّما هو بمقدار مالية المال في ذلك المكان فيتعيّن التدارك بذلك المقدار.

هذا بناء على الاعتبار بقيمة يوم التلف، أمّا بناء على الاعتبار بيوم المخالفة فالقيمة باعتبار مكان الضمان، كما أنّ البناء على الاعتبار بأعلى القيم يقتضي البناء على الاعلى في جميع أمكنة العين من مكان المخالفة الى مكان التلف.

ارتفاع القيمة بسبب الزيادة العينية

قوله رحمه الله: **فالظاهر كما قيل عدم الخلاف.**

قال في الشرائع فيما لو زادت القيمة لزيادة صفة ثمّ زالت: «أمّا لو

تجدّدت صفة غيرها مثل أن سمنت فزادت قيمتها ثمّ هزلت فنقصت قيمتها ثمّ تعلّمت صنعة فزادت قيمتها ردّها و ما ضمن بفوات الاولى ـ قال في الجواهر : ـ بلا خلاف أجده فيه بل الاجماع بقسميه عليه ».

تعذر الوصول الى العين في حكم التلف

١ ـ الدليل على ثبوت بدل الحيلولة

قوله رحمه الله : لما دلّ من الضمان بهذه الامور.

يدلّ على ذلك أخبار كثيرة واردة في ضمان الامين و الاجير و المستعير و غيرهم ، فلاحظ الوسائل في الابواب المذكورة و غيرها[1] .

---

١ ـ عن اسحاق بن عمار قال : سألت ابا الحسن عليه السلام عن رجل استودع رجلا ألف درهم فضاعت ، فقال الرجل : كانت عندي وديعة ، و قال الاخر : انما كانت عليه قرضا ، قال : المال لازم له الا أن يقيم البينة انها كانت وديعة (الكافي ٥:٢٣٩، الفقيه ٣:١٩٤، التهذيب ٧:١٧٩، عنهم الوسائل ١٩:٨٥).

و عن ابن محبوب قال : كتب رجل الى الفقيه عليه السلام : رجل دفع الى رجل وديعة و أمره أن يضعها في منزله أو لم يأمر ، فوضعها في منزل جاره فضاعت ، فهل يجب عليه اذا خالف أمره و أخرجها عن ملكه ، فوقّع عليه السلام : هو ضامن لها ان شاء الله (الكافي ٥:٢٣٩، الفقيه ٣:١٩٤، التهذيب ٧:١٨٠، عنهم الوسائل ١٩:٨٢).

و عن ابان ، عن محمد ، عن ابي جعفر عليه السلام قال : سألته عن العارية يستعيرها الانسان فتهلك أو تسرق ، قال : فقال : اذا كان امينا فلا غرم عليه (الفقيه ٣:١٩٢، التهذيب ٧:١٨٢، الاستبصار ٤:١٢٤ ، عنهم الوسائل ١٩:٩٣).

و عن ابن سنان قال : سألت ابا عبدالله عليه السلام عن العارية ، فقال : لا غرم على مستعير عارية اذا هلكت اذا كان مأمونا (الكافي ٥:٢٣٩، التهذيب ٧:١٨٢، الاستبصار ٣:١٢٤، عنهم الوسائل ١٩:٩٢).

و عن وهب ، عن جعفر ، عن ابيه عليهما السلام ان عليا عليه السلام قال : من استعار عبداً مملوكا لقوم

٢ ـ مورد بدل الحيلولة

قوله رحمه الله : **أو بعدم رجاء وجدانه.**

مورد هـذا الضـائع ، و مـورد مـا قـبله المسـروق و الغـريق و الآبـق و نحوهم.

قوله رحمه الله : **نظير ما تقدّم في تسلّطه على مطالبة القيمة.**

قد تقدّم الاشكال في ذلك في التنبيه السادس ، و أنّ العمدة فيه بناء العرف عليه الّذي لم يثبت الردع عنه أو الممضى بالاطلاقات المقامية ،

فعيب فهو ضامن ، بناءاً على أن العيب من ناحية المستعير (التهذيب ٧:١٨٥، الاستبصار ٣:١٢٥، عنهما الوسائل ١٩:٩٤).

و عن الحلبي ، عن ابي عبدالله عليه السلام قال : سئل عن القصار يفسد ، قال : كل اجير يعطي الاجرة على أن يصلح فيفسد فهو ضـامن (الكـافي ٥:٢٤١ ، التـهذيب ٧:٢١٩، الاسـتبصار ٣:١٣١، عنهم الوسائل ١٩: ١٤١).

و عن السكوني ، عن ابي عبدالله عليه السلام قال : كان امـير المـؤمنين عليه السلام يـضمن القـصّار و الصبّاغ و الصائغ احتياطا على أمتعة الناس ـ الحـديث (الكـافي ٥:٢٤٢ ، الفـقيه ٣:١٦٢، التهذيب ٧:٢١٩ ، الاستبصار ٣:١٣١، مستطرفات السرائر :٦٣، عنهم الوسائل ١٩: ١٤٣).

و عن ابن ابي الصباح ، عن ابي عبدالله عليه السلام قال : سـألته عن الثوب ادفـعه الى القـصّار فيحرقه ، قال : أغرمه ، فانك انما دفعته اليه ليصلحه و لم تدفعه اليه ليفسده (الكافي ٥:٢٤٢ ، الفقيه ٣:١٦١، التهذيب ٧:٢٢٠، الاستبصار ٣:١٣٢، عنهم الوسائل ١٩: ١٤٤).

و عن السكوني ، عن ابي عبدالله عليه السلام ان امير المؤمنين عليه السلام رفع اليه رجل استأجر رجلا ليصلح بابه ، فضرب المسمار فانصدع الباب ، فضمنه امير المؤمنين عليه السلام (الكـافي ٥:٢٤٣ ، التهذيب ٧:٢١٩، الاستبصار ٣:١٣٢، عنهم الوسائل ١٩:١٤٤).

و عن ابي بصير ، عن ابي عبدالله عليه السلام قال : قضى امير المؤمنين عليه السلام في رجل كان له غلام فاستأجره منه صائغ أو غيره ، قال : ان كان ضيع شيئا أو ابق منه فمواليه ضـامنون (الكـافي ٥ : ٣٠٢).

و عليه يشكل البناء على اجراء حكم التلف في الفرض الاخير لعدم ثبوت بناء العرف عليه .

بل يمكن التأمّل في الفرض الثاني ايضاً لذلك ، و دعوى دخوله في أدلّة الضمان كما ذكر المصنف غير ظاهرة ، نعم هو مقتضى الفتاوى ، فان كان اجماعاً فهو و الاّ فهو غير ظاهر الوجه .

قوله رحمه الله : **بحيث لا يحصل صدق عنوان الغرامة.**

كأنّه من جهة توقّف تحقق مفهوم الغرامة و التدارك على حصول النقص و الفوت على من له الغرم ، فاذا كان قصر المدة مانعاً من صدق فوت مال المالك عليه و نقصه لم تصدق الغرامة فلا موجب لها .

ثمّ الظاهر اختلاف الموارد في ذلك ، فربّ عين بمنعها يصدق الفوت و النقص على المالك في مدّة قليلة لا يصدق في عين غيرها ، و المدار على كثرة الحاجة و قلّتها ، فالعين المحتاج لها في كلّ يوم مرّة أو مرّات غير العين الّتي يحتاج اليها في السنة أو أكثر مرّة .

٣ـ المراد بالتعذر

قوله رحمه الله : **المسقط للتكليف .**

بأن كانت مقدّمات تحصيله غير اختيارية ، سواء أطالت المدّة أم قصرت ، في قبال التعذّر غير المسقط للتكليف ، بأن كانت مقدّمات تحصيله اختيارية ، سواء أطالت المدة أم قصرت .

ثمّ انّ الوجه في استظهار المصنف رحمه الله اطّراد الدليل المتقدّم الّذي عرفت اشكاله في الصورتين على نحو واحد .

قوله رحمه الله : **التعبير بالتعذّر .**

قال في الشرائع : «و اذا تعذّر تسليم المغصوب دفع الغاصب البدل» ، و قال في القواعد : «يجب ردّ العين ما دامت باقية ، فان تعذّر دفع الغاصب البدل» .

قوله رحمه الله : **بردّ العين ، فتأمّل .**

لعلّه اشارة الى أنّ ذلك خلاف عموم السلطنة الّذي قرّره آنفاً .

قوله رحمه الله : **و لعلّ المراد به التعذّر في الحال .**

هذا بعيد عن كلامهم جدّاً ، فانّ ظاهر التعذّر التعذّر المطلق ، كما لا يخفى .

٤ ـ ما هو حكم القيمة مع تعذّر الوصول الى العين ؟

قوله رحمه الله : **فلا يجوز للمالك.**

تفريع على المنفي .

قوله رحمه الله : **و يدلّ عليه قاعدة تسلّط الناس على أموالهم.**

هذا يتمّ لو كان دفع البدل يستلزم تصرّفاً في ملك المالك ، كما لو بني على كونه عوضاً عنه ، أمّا لو لم يكن كذلك بل كان مال المالك باقياً على ملكه فليس في ذلك تصرّف في الملك ، فلا يكون منافياً لقاعدة السلطنة على المال ، نعم لو كان الدفع حقّاً للمالك فمع الشك فيه يرجع في نفيه الى قاعدة السلطنة على النفس لا المال .

قوله رحمه الله : **خروجه عن التقويم .**

يعني بذهاب وصف مثل الاتّصال في الاناء المنكسر ، كما سيأتي .

٥ ـ هل يكون البدل ملكاً للضامن باعطاء البدل ؟

قوله رحمه الله : **و توقّف تملّك المغصوب منه.**

الظاهر أنّ أصل العبارة العطف : أو ، ليكون قولاً آخر في قبال الاوّل ، للمباينة بين الامرين المانع من العطف بالواو .

ثمّ انّ البناء على توقّف الملك على اليأس لا يرفع الاشكال المتقدّم ، اذ مع اليأس ايضاً تكون العين باقية على ملك المالك ، مع أنّ المبذول ملك له فيلزم الجمع بين العوض و المعوّض ، بل هو حاصل حتّى مع العلم بعدم وجدان العين كما لا يخفى .

اللّهم الاّ أن يفرق بين صورة اليأس من الحصول و غيرها ، بأنّه في الاولى يسقط عن المالية فلا يكون الجمع فيه بين العوضين ممتنعاً ، بخلاف صورة العلم بالحصول أو رجائه فانّه لا يخرج بذلك عن كونه مالاً ، و حينئذ يمتنع الجمع فيه بين العوضين ، كما سيأتي تقريبه فانتظر .

٦ ـ معنى ضمان العين

قوله رحمه الله : **انّ معنى ضمان العين ذهابها من مال الضامن.**

لم يتّضح الوجه فيما ذكره قدس سره ، فانّ ضمان العين و غيرها بمعنى كون المضمون في عهدة الضامن ، و لازم ذلك اقامة بدله مقامه عند عدم التمكّن منه ، و لازم ذلك كون ذهاب المضمون من مال الضامن اذا لم يتبرّع عنه في وفاء ما عليه ، و الاّ كان الذهاب من غيره ، فالذهاب من مال الضمان لازم بعيد غالبي للضمان .

قوله رحمه الله : **في الوجوه الّتي بها قوام الملكية .**

الظاهر أنّ صحيح العبارة : قوام المالية ، بقرينة ما يأتي من كلامه قدس سره ، و غيره ممّا يظهر بالتأمل .

قوله رحمه الله : **و تداركاً للسلطنة الفائتة .**

هذا يتمّ لو كان اللازم التدارك هو السلطنة ، أمّا لو كان موضوع السلطنة

كما يقتضيه أدلّة الضمان فانّ حديث : «على اليد ما أخذت» [1] ، انّما يقتضي لزوم نفس المأخوذ الّذي هو موضوع السلطنة ، فيقتضي لزوم تداركه نفسه لا تدارك ما فات من عوارضه و طوارئه من سلطنة و غيرها ، كيف و لازم ذلك عدم ارتفاع الضمان بدفع نفس العين لأنّه لا يتدارك به السلطنة الفائتة من حين الاخذ الى حين الدفع ، و هو كما ترى .

و بالجملة لا ريب في أنّ ضمان العين يستتبع لزوم تدارك نفسها ، و ذلك انّما يكون بقيام عين اخرى مقامها بلحاظ جميع الحيثيات المتعلّقة بها ، من دون فرق بين الحيثية الفائتة و غيرها ، فانّ ذلك هو المستفاد من أدلّة الضمان المعتضدة بظاهر كلمات الاصحاب ، و بالارتكاز العرفي ، و انّ البدل المضمون به قائم مقام المضمون ، فان كان ملكاً كان ملكاً ، و ان كان وقفاً كان وقفاً ، و ان كان زكاة كان زكاة ، و هكذا ، فالتدارك له و البدل بدله في جميع شؤونه و أطواره ، و هذا ممّا لا ينبغي التأمّل فيه .

و ما في جامع المقاصد انّما كان اشكالاً في بقاء العين على ملك المالك لا في ملك المالك للبدل ، و قد اعترف المصنف رحمه الله ايضاً به بقوله في صدر كلامه : و لولا ظهور الاجماع و أدلّة الغرامة في الملكية لاحتملنا ـ الخ ، و قد كان ينبغي له قدس سره الجزم بذلك ، فانّه الّذي يساعده الاتكاز العرفى ايضاً ، و كيف يسوغ التفصيل بين التلف و الحيلولة مع وحدة لسان أدلّة الضمانات ، بل مورد بعضها كلا النوعين.

---

١ ـ تفسير أبي الفتوح الرازي ١:٧٨٤، عوالى اللئالي ٢:٣٤٥، عنهما المستدرك ٨:١٤٩، ٨٨:١٧.

رواه الحسن البصري ، عن سمرة بن جندب ، عن النبي صلى الله عليه و آله ، راجع سنن البيهقي ٦ : ٩٠، كتاب العارية ، و كنز العمال ٥ : ٢٥٧.

فان قلت : اذا فرض أنّ الفائت من المضمون ليس الاّ السلطنة امتنع اعتبار البدلية بينه و بين المضمون به ، بالنسبة الى ما عداها من الحيثيات ، لانّ المفروض بقاؤه للمضمون فكيف يصحّ اعتبار البدلية بالنسبة اليه ، بل يختصّ اعتبارها بالنسبة الى السلطنة ، و يكون المضمون به قائماً مقام المضمون بلحاظها لا غير .

قلت : الحيثيات المذكورة اذا كانت ملحوظة بنحو العام الجمعي تمّ ما ذكر ، أمّا لو كانت ملحوظة بنحو العام المجموعي نظير المركّب الّذي ينتفي بانتفاء أحد أجزائه ، فلا مانع من أن يكون المضمون به بدلاً عن المضمون بلحاظ جميع الحيثيات لانتفائها بانتفاء السلطنة الّتي هي بعضها .

قوله رحمه الله : **على ملك مالكها.**

هذا قرينة على أنّ العبارة السابقة صحيحها قوام المالية لا قوام الملكية ، و الاّ ففرض فوات ما به قوام الملكية يمنع عن بقاء الملكية للمالك .

و على هذا يتوجّه على المصنف رحمه الله اشكال آخر ، و هو أنّه اذا كان الفائت المالية لزم تداركها كما لزم تدارك السلطنة ، لانّ ملاك الضمان تدارك المالية ، فاذا فاتت كانت أولى بالتدارك من السلطنة ، فلا بدّ من البناء على ملكية المالك للمال المضمون به لا الاقتصار على الاباحة .

لو لم يفت الاّ بعض ما ليس به قوام الملكيّة

قوله رحمه الله : **ما ليس به قوام الملكية .**

الظاهر انّ صحيح العبارة : قوام المالية .

قوله رحمه الله : **لم يبعد انكشاف ذلك .**

الظاهر أنّ صحيح العبارة : لم يبعد كشف ذلك ـ الخ .

ثمّ انّ الوجه في هـذا الانكشـاف امـتناع اعـتبار الضـمان و التـدارك ، لاخـتصاصه بـصورة تـلف المـال ليـحصل التـدارك بـالمضمون بـه و المفروض عدمه ، و النقص المالي لو فرض ثبوته و كونه مضموناً فانّما يقتضي ضمان الارش لا تمام القيمة كما هو ظاهر الدليل ، فيدور الامر بين أن يكون معاوضة شرعية قهرية و أن يكون حكماً جزئياً على نحو آخر غير الضمان ، و الاول أظهر ، لكن لو تمّ هذا جرى في أكثر موارد بدل الحيلولة ممّا يرجى حصوله بعد مدّة طويلة أو قصيرة ، أو يعلم بحصوله كذلك كما في اللوح المغصوب في السفينة ، اذ في جميع ذلك لا يخرج المضمون عن كونه مالاً .

نعم ربّما كان تنقص ماليته و تنخفض قيمته فيتعيّن الالتزام بالمعاوضة الشرعية القهرية فيه ، و لا يكون من باب الضمان .

قوله رحمه الله : **مع بقائها على مقدار ملكيّتها السابقة.**

المظنون أنّ أصل العبارة : مقدار ماليّتها ، اذ الملكيّة ليست هي ذات مراتب و مقادير .

و على هذا يكون هذا الكلام اشارة الى القسم الثاني ، و المراد من بقائها على مقدار ماليّتها بقاؤها على ذلك بالاضافة الى نفسها ، و ان كانت قـد فاتت ماليّتها لاجل الحيلولة في مقابل القسم الثالث و هو ما تفوت المالية فيه بالاضافة الى نفس العين لتفرّق أجزائها .

لو خرج عن التقويم مع بقائها على صفة الملكية

قوله رحمه الله : **لانّ القيمة عوض الاوصاف .**

يعني فلا يتوجّه الاشكال بلزوم الجمع بين العوض و المعوّض ، لانّ

المعوّض عنه هو الاوصاف و الاجزاء و هي فائتة و ليست موضوعاً لملكية المالك كي يمتنع تملّك القيمة الّتي هي عوض عنها.

و فيه انّ ما ذكره و ان كان فراراً عن الاشكال المذكور لكنّه خلاف الارتكاز العرفي، فانّ المضمون عندهم نفس العين الّتي فاتت ماليتها، و القيمة عوض عنها لا عن وصفها.

و كأنّ من هذا يظهر أنّ الوجه في التزامه ﷺ في القسم الثاني بأنّ المعوّض ليس مملوكاً للمالك، و انّما هو مباح له هو الفرار عن الاشكال المذكور، لكن عرفت الاشكال فيه، بل هو فيه أوضح منه هنا.

و ان كان هنا يتوجّه عليه اشكال آخر، و هو أنّ الاوصاف المذكورة تضمّن بالقيمة لا بالمثل و لا يظنّ التزامه بها.

و أمّا الاشكال المذكور فدفعه أنّ المعوّض عنه ليس نفس العين مطلقاً بل العين الخاصة ذات المالية و هي منتفية بانتفائها و لا جمع بين العوض و المعوّض، بل الجمع انّما كان بين العوض و ذات المعوّض و لا مانع منه، اذ المعوّض ليس نفس الذات بل الذات الخاصة كما لا يخفى، فلا مانع من بقاء الذات الفاقدة للمالية على ملكية المالك و ملكيته لما هو عوض عن العين ذات المالية الخاصة الّتي هي غير مملوكة لفقد المالية.

نعم لو فرض عدم سقوط العين عن المالية بالمرّة امتنع حينئذ الجمع بين ملكيّتها و ملكيّة البدل لاختصاص الضمان بصورة تدارك المالية، فلا يمكن الجمع بين المالين في الملكية لخروج ذلك عن كونه تداركاً لما فات، كما عرفت في الحيوان الموطوء، و لعلّه الى ذلك أشار الشهيد الثاني في كلامه المتقدم، كما أشرنا اليه آنفاً.

بحث في فروع

قوله رحمه الله: **فيقوى عدم جواز المسح بها.**

هذا غير ظاهر، لان الادلّة العامة الدالّة على حرمة التصرف في مـال الغير مختصّة بما هو مال، فلا يشمل ما هو ملك و ليس بمال، و كـونه ظلماً حراماً عقلاً غير ظاهر بنحو يستتبع حرمة شرعية كما هو محقّق في محلّه.

قوله رحمه الله: **و استجوده بعض المعاصرين.**

هو صاحب الجواهر، قال فـي الشـرائـع: «و لو خـاط ثـوبه بـخيوط مغصوبة فان أمكن نزعها الزم ذلك و ضمن ما يحدث من نقص و لو خشي تلفها بانتزاعها لضعفها ضمن القيمة».

و وصله في الجواهر بقوله: «كما في القواعد و الدروس و غـيرهما لكونه كالمعدوم باعتبار تعذّر ردّه، و ظاهرهم عـدم وجـوب الاخـراج حينئذ كما اعترف بـه فـي المسـالك، ثـمّ حكـى عـن جـامع المـقاصد و المسالك القول بوجوب النزع و ان أفضى الى التلف، ثم قال: و هو كما ترى مناف لظاهرهم الّذي اعترف به في المسالك سابقاً، و من هنا جزم في مجمع البرهان بعدم وجوب النزع في مثل الفرض، بل قال: يمكن انّه لا يجوز.

ثمّ نقل تمام كلامه المذكور في العبارة، ثمّ قال: و هو جيّد موافق لما قلناه سابقاً من اقتضاء ملك المالك القيمة خروج المغصوب عـن مـلكه لكونها عوضاً شرعيّاً عنه، ثمّ أيّد ذلك بما تقدّم مـنه فـي وطء حـيوان الغير، و بما تقدّم ايضاً من أنّ من كان في يده المغصوب لو رجع المالك عليه و غرمه كان له الرجوع على من استقرّ التلف في يده، ثمّ قال: بـل

ستسمع ملك الغاصب المغصوب اذا أدّى قيمته للحيلولة و ان كان متزلزلاً ، بل كأنّ ذلك مفروغ عنه عند التأمل في كلماتهم في مقامات متعدّدة ظاهرة أو صريحة ، في أنّ المؤدّى عن المضمون عوض شرعي عنه على وجه يقتضي الملك للطرفين من غير فرق بين الموجود من العين ممّا لا قيمة له و بينهما اذا كانت كذلك لو انتزعت كما في الفرض ـ انتهى ».

لكنّه في مبحث بدل الحيلولة ذكر ما ظاهره المخالفة لذلك ، قال في الشرائع : «و اذا تعذّر تسليم المغصوب دفع الغاصب البدل و يملكه الغصوب منه و لا يملك الغاصب العين المغصوبة و لو عادت كان لكلّ منهما الرجوع ».

قال في الجواهر : «كما صرّح بذلك كلّه غير واحد من أساطين الاصحاب كالشيخ و ابن ادريس و الفاضل و الشهيد و الكركي و غيرهم ، بل في المسالك نسبته اليهم مشعراً بالاتفاق عليه ـ الى أن قال في أثناء كلامه : ـ و العين باقية على الملك للاصل و لأنّها مغصوبة ، و كلّ مغصوب مردود و اخذ القيمة غرامة للدليل الشرعي لا ينافي ذلك ـ الى أن قال في الاستدلال على ذلك : ـ مضافاً الى أصالة بقائه على ملكه و الى ما عرفته من الاتفاق عليه ، و لذا لم يذكروا خلافاً بل و لا اشكالاً في ملك نمائه المنفصل له ، و دعوى أنّه من الجمع بين العوض و المعوّض عنه الممنوع عنه شرعاً واضحة الفساد ـ انتهى ».

أقول : لا ينبغي التأمّل في أنّ الرطوبة المغصوبة و الخيوط كذلك ليسا من قبيل واحد ، لانّ الرطوبة مالها الى الجفاف و لا ينتفع بها على الحال المذكور فهي ساقطة عن المالية ، أمّا الخيوط فهي ذات منفعة معتدّ بها فعلاً بل هي أولى بكونها ذات منفعة منها حال كونها غير مخيط بها ، اذ

منفعتها في هذه الحال انّما هو بلحاظ صيرورتها مخيطاً بـها فـهي غـير تالفة.

نعم ردّها قد يستلزم تلفها و قد لا يستلزم، فان لم يستلزم فلا اشكال في وجوب ردّ عينها كسائر الاعيان المغصوبة، و حينئذ لا مجال لتوهّم الانتقال الى البدل من مثل أو قيمة، أمّا لو استلزم تلفها فوجوب الردّ غير ظاهر لعدم الدليل عليه بنحو يشمل صورة لزوم التلف، فلو غصب صوفاً فغزله أو غزلاً فنسجه مع غزله لم يجب عليه نقض الغزل و ردّه صوفاً و له فصل النسج و ردّه غزلاً.

نعم لا يجوز التصرف فيه بـغير اذن المـالك، كـما لا يـجوز للـمالك التصرف في الثوب المخيط و المنسوخ بـغير اذن الغـاصب، و حـينئذ يتعيّن التخلّص امّا بالبناء على الاشتراك في المالية أو العين أو بالرجوع الى الحاكم الشرعي، و لا يتّضح الوجه في البناء على الضمان بالمثل أو القيمة، فلاحظ.

بحث في أسباب الضمان

قوله رحمه الله: أوكان الذاهب السلطنة عليها.

قد عرفت أنّ الذاهب في الجـميع هـو العـين الخـاصة، أعـني ذات المالية، و ذلك هو موضوع الضمان فيجب تداركها بعين اخرى مثل أو قيمة تقوم مقامها، امّا في الملكية ان كانت الذاهبة مملوكة أو غيرها من العناوين الخاصة الّتي كانت ثابتة للعين الذاهبة.

و حينئذ يقع الكلام في أنّ عوضية البدل للعين الذاهبة هـل تـقتضي عوضيتها للبدل على نحو تكون معاوضة من الطرفين كسائر المعاوضات ليترتّب عليه ملك الضامن للعين التالفة، فيكون الاناء المكسور و الرطوبة

الباقية على الاعضاء ملكاً للغاصب كما اختاره في الجواهر في أحد كلاميه ، أو لا يقتضي ذلك كما هو ظاهر الاصحاب و اختاره في الجواهر في كلامه الآخر ، الّذي يقتضيه الاصل الثاني ، و الّذي يساعده الارتكاز الاوّل .

و ما ذكره المصنف رحمه الله من أنّ وجوب البدل من باب الغرامة يقصد به تدارك التالف لا ينافي ذلك ، لانّ تدارك التالف كما يكون بنحو المعاوضة يكون بنحو العوضية ، و لا يتعيّن أن يكون على النحو الثانى .

فان قلت : العين التالفة لاتقبل الملك و لا غيره من العناوين الّتي يقصد قيام البدل مقامها ، فكيف يمكن اعتبارها فيها ، و كيف تمكن دعوى كون ذلك مقتضى الارتكاز العرفي .

قلت : المدّعى هو المعاوضة من الطرفين على نحو الاقتضاء لا على نحو الفعلية ، نظير شراء من ينعتق على المشتري ، فانّه لا يستوجب معاوضة فعلية من الطرفين ، مع أنّ الشراء من أظهر المعاوضات ، و قد عرفت أنّه يكفي في صحّة اعتبار ذلك أنّه يترتّب عليه كون العين الموجودة ملكاً للضامن.

و من ذلك تعرف الاشكال فيما ذكره المصنف رحمه الله بقوله : فالمبذول هنا كالمبذول مع تلف العين في عدم البدل له ، فلاحظ .

ثمّ أنّك عرفت الاشارة الى أنّ الاقسام الثلاثة المذكورة في كلام المصنف رحمه الله لم تستوف جميع أقسام المضمون ، فانّ من جملة الاقسام لبدل الحيولة ما لو علم حصول العين بعد مدّة طويلة أو يرجى حصولها كذلك .

و هذا المقدار ممّا لا يوجب سقوطها عن المالية ، فلا يكون داخلاً في أحد الاقسام الثلاثة لاشتراكها في فوات المالية ، و ينبغي أن لا يكون

الحكم فيه هو الضمان بنحو المعاوضة، كـما هـو كـذلك فـي الحـيوان الموطوء على ما تقدّم.

لكن عرفت في صدر المبحث الاشكال في جواز المطالبة بالمضمون على نحو يجب على المالك دفع البدل من مثل أو قيمة، اذ النصوص غير ظاهرة في مثله، بل ظاهر مواردها غيره ممّا كان بحكم التلف من ضياع أو سرقة و نحوهما ممّا لا يرجى حصول العين فيه، و قـاعدة قـبح الظـلم و لزوم الجمع بين الحقين قد عرفت الاشكـال فـي اقـتضائهما ذلك فـي التنبيه السادس، كما عرفت الاشكال في التمسك بقاعدة الضرر.

و أمّا الاجماع على الضمان فغير ثابت بنحو يرفع به اليد عن القواعد فلم يبق الاّ بناء العقلاء عليه، فان تمّ فهو على نحو المعاوضة من الطرفين لا بنحو العوضية من طرف واحد، فانّ فيه الجمع بين العوض و المعوّض، و عليه فلا ينبغي التأمّل في كون دفع البدل في القسم المذكور يستوجب دخول العين المضمونة في ملك الضامن، فلاحظ و تأمّل.

قوله رحمه الله: **عهدة مالية.**

يعني اشتغال الذمة بمال، لانّ المفروض انتفاء ماليّتها.

قوله رحمه الله: **سقوطه، فتأمّل.**

لعلّه اشارة الى عدم جريان القاعدة من جهة الاقدام على الضـرر مـع العلم بكون الغصب مستتبعاً لوجوب الرد، لكن الاشكال فيه لانّ الاقدام على الضرر عرفاً لا يتحقّق بمثل ذلك.

قوله رحمه الله: **من أنّ ظاهرهم عدم وجوب اخراج الخيط المغصوب.**

هذا ذكره في مسألة الخشبة المغصوبة الّتي استدخلت في البناء قال رحمه الله: «و لو بلغت حد الفساد على تقدير الاخراج بحيث لا يبقى لها قيمة فالواجب تمام قيمتها و هل يجبر على اخراجها حينئذ نظر، من فوات

المالية و بقاء حق المالك في العين، و ظاهرهم عدم الوجوب و أنّها تنزل منزلة المعدومة و لو قيل بوجوب اعطائها المالك اذا طلبها كان حسناً ـ انتهى».

نعم في مسألة خيط الجرح بالخيوط المغصوبة ذكر أنّه : «اذا كان الحيوان غير مأكول فالحكم فيه كالاولى ، يعني لا ينتزع الخيط و على الغاصب القيمة لأنّه لا ينتفع به مع ذبحه ـ انتهى».

و ظاهره المفروغية من عدم وجوب النزع و ان لم يلزم من نزعها نقص قيمتها أو سقوطها لاجل لزوم الضرر على صاحب الحيوان و ان كان هو الغاصب.

هذا، و كلمات المسالك في المسألتين لا تخلو من تناف ، فراجع.

قوله رحمه الله : **محمول على صورة تضرّر المالك.**

هذا ربّما ينافيه قوله في المسالك : «و لو قيل بوجوب ـ الخ»، فلاحظ.

بحث في حق الاختصاص

قوله رحمه الله : **فاستشكل في القواعد.**

بناء على ثبوت حقّ الاولوية لا ينبغي الاشكال في وجوب الردّ، لأنّه من أحكام الحق المذكور كما هو من أحكام الملك ، فالاستشكال فيه امّا للاشكال في ثبوت الحق المذكور كما يظهر من محكي المسالك ، فانّه تبع القواعد في الاستشكال ، و امّا للبناء على كون مقتضى الضمان العوضية من الطرفين.

و من هنا لم يحسن قوله رحمه الله آنفاً : مع بقاء حق الاولوية ، الظاهر في المفروغية عن ثبوت الحق ، و لا سيما بملاحظة قوله رحمه الله بعد ذلك : و لم يكن المالك الاّ أولى به ، الظاهر في البناء على انتفاء الحقّ المذكور.

قوله رحمه الله : **بلا خلاف ظاهر .**

يعني في صورة صيرورته خلاً قبل دفع البدل ، أمّا بعد دفع البـدل فاستشكل فيه غير واحد على ما يظهر من محكي عباراتهم ، لكـن ذلك ايضاً لا ينافي نفي ظهور الخالف .

ثمّ انّ الوجه في جعله مؤيّداً للقول بثبوت الحق لا دليلاً عـلى عـدم الملازمة بين ملك المالك له لو صار خلاً و بين ثـبوت الحـق لجـواز أن يكون دخوله في ملكه لاجل كون أصله ملكاً له حين كان خلاً ، فهو نظير الملك بالتبعية .

٧ ـ حكم ارتفاع القيمة السوقية بعد أداء البدل

قوله رحمه الله : **و عن التذكرة و بعض آخر ضمان المنافع.**

قد حكاه في الشرائع قولاً ، و نسبه في الجواهر الى التذكرة و محكي المـبسوط و ظـاهر غـيرهما ، و جـعله المـوافـق للـتحقيق لبـقاء العـين المغصوبة على ملك المالك و على وجـوب ردّهـا عـلى الغـاصب مـع التمكّن و على ضمانها و ضمان نمائها ، و أنّ القـيمة للـحيلولة غـرامـة شرعية ثبتت بالادلّة ، و هي لا تقتضي براءة و لا تغييراً للحال الاولى .

و فيه انّ القيمة المدفوعة اقتضاها الضمان على نحو اقتضائه لها فـي التلف ، على أن تكون تداركاً لما فات ، فكأنّه لم يفت من غير فرق بين أن تكون بدلاً عن العين أو عن الحيلولة ، فكأنّ العين في يده ، فكيف تكون حينئذ مضمونة ، و من هنا جعل في الشرائع القول بعدم ضمان الاجـرة أشبه .

٨ ـ حكم ارتفاع القيمة السوقية بعد التعذر و قبل الدفع

قوله رحمه الله : **مقتضى القاعدة ضمانه .**

يعني لو بقي الارتفاع الى يوم الدفع ، أمّا لو نقصت القيمة يوم الدفع فالمتعيّن قيمة يوم الدفع ، و كذا الحال لو لم ترتفع القيمة بل نقصت بعد التعذّر ، فانّ المدار على قيمة يوم الدفع مطلقاً ، لأنّه زمان الانتقال الى القيمة .

لو ارتفع تعذر ردّ العين وجب ردّها الى مالكها و ان كان في احضارها مؤونة

قوله رحمه الله : **لعموم على اليد ما أخذت** [1] .

قد تقدّم منه رحمه الله الجزم بارتفاع الضمان باداء القيمة ، و هو ينافي التمسك بالنبوي على وجوب الردّ هنا ، لانّ الاداء المذكور فيه غاية للضمان ان انطبق على أداء القيمة كما هو مقتضى البناء على ارتفاع الضمان بدفعها امتنع أن ينطبق على أداء العين ثانياً ، و ان انطبق على أداء العين امتنع أن ينطبق على أداء القيمة فلا وجه للبناء على ارتفاع القيمة بأدائها ، فانّ الحديث الشريف انّما يدلّ على ثبوت الضمان ، و لا تعرّض فيه لوجوب الرد كما سبق منه الاعتراف بذلك عند الاستدلال به على ضمان المقبوض بالعقد الفاسد .

و ايضاً فانّ التمسك به في المقام مناف لما سيأتي منه ، من أنّ التمكّن من الردّ لا يوجب حدوث الضمان للعين و لا عهدة جديدة بل هي

---

١ ـ تفسير أبي الفتوح الرازي ١:٧٨٤، عوالى اللئالي ٢:٣٤٥، عنهما المستدرك ٨:١٤٩، ٨٨:١٧.

مضمونة بالغرامة ، و لو تمسك بمثل قولهم عليهم السلام : «كلّ مغصوب مردود» ، و غيره ممّا تقدّم التمسك به لوجوب ردّ المقبوض بالعقد الفاسد كان أسد .

قوله رحمه الله : **فلا يجوز استصحابه.**

لانّ السقوط المذكور عقلي لا شرعي .

قوله رحمه الله : **هو الضمان .**

كأنّ المراد من الاستصحاب استصحاب وجوب الرد الثابت قبل التعذّر المعلّق على التمكن ، فيقال : كان حال التعذّر لو تمكّن من ردّه وجب فكذا بعده الى زمان التمكن ، لا استصحاب وجوب الرد العقلي الثابت قبل التعذّر لارتفاعه في حال التعذّر ، و لا استصحاب الضمان لكون المختار عنده قدس سره ارتفاع الضمان بدفع المبدل ، خلافاً لصاحب الجواهر و من سبقه كما سبق .

و يمكن الاشكال في الاستصحاب المذكور بأنّ التمكن ليس من الشرائط الشرعية لوجوب الردّ حتّى يكون الوجوب المعلّق عليه شرعيّاً بل هو شرط عقلي للوجوب العقلي ، و الوجوب العقلي لا يجرى فيه الاستصحاب كالسقوط العقلي ، كما أنّ استصحاب وجوب الردّ لايقتضي الضمان ، لعدم كون الضمان من أحكام الوجوب الشرعية .

قوله رحمه الله : **المدلول عليه بقوله عليه السلام .**

هذا متعلّق بالعموم لا بالضمان يعني العموم المدلول عليه ـ الخ .

٩ ـ هل يعود البدل الى الضامن بعد تمكنه من المبدل ؟

قوله رحمه الله : **أظهرهما الثاني لاستصحاب كون العين مضمونة بالغرامة.**

قد أشرنا آنفاً الى أنّ التمسك بالاستصحاب و العموم على الضمان في

المسألة السابقة ينافي التمسك هنا على عدمه بالاستصحاب .

و كيف كان فالمتحصّل بناء على بقاء المضمون على ملك المالك و عدم اقتضاء ضمانه العوضية من الطرفين هو وجوب ردّ المال المضمون على مالكه عند ارتفاع الحيلولة ، عملاً بما دلّ على وجوب ردّ كلّ مال الى مالكه ، على ما تقدّم في وجوب ردّ المقبوض بالعقد الفاسد و بقائه مضموناً بالغرامة المبذولة حسبما ذكر المصنف رحمه الله .

أمّا بناء على اقتضاء الضمان العوضية من الطرفين ، فمقتضى الاستصحاب بقاء تلك العوضية بعد ارتفاع الحيلولة ، فلا يجوز للمالك المطالبة بالمضمون و لا للضامن المطالبة بالغرامة المبذولة ، و لم يتّضح بناء للعرف على خلاف ذلك كي يعوّل عليه في رفع اليد عن الاستصحاب المذكور فيلزم العمل عليه .

قوله رحمه الله : **ما يزيل ملكيته .**

قد تقدّم منه أنّ الضمان في بدل الحيلولة انّما يقتضي بدليّة البدل في السلطنة لا في الملكية ، فهو باق على ملك الغارم .

قوله رحمه الله : **لا يوجب عود سلطنة المالك .**

اذا كان التعذّر سبباً لفوات السلطنة تعيّن كون التمكّن سبباً لعودها .

قوله رحمه الله : **بل كان بدلاً عن أصل السلطنة.**

يعني انّ البدلية ملحوظة بين البدل و السلطنة حدوثاً و بقاء ، ففي زمان التعذّر تكون العين بدلاً عن السلطنة في ذلك ، و فى زمان التمكن لو بقي البدل ملكاً للمالك كان ملكاً له بلا مبدل منه لعدم فوات السلطنة في ذلك الزمان .

قوله رحمه الله : **مع تلفه .**

قيد لدفع بدله ، و قوله : أو خروجه ، معطوف عليه .

قوله رحمه الله : **و لا يجب ردّ نمائه المنفصل.**

لانّه ملكه بما أنّه نماء ملكه ، لا بما أنّه بدل عن السلطنة حتّى يجري عليه حكم العين فيرجع الى ملك الغارم ، أمّا المتّصل فهو تابع للعين عرفاً فينتقل الى من تنتقل اليه العين.

قوله رحمه الله : **و لذا لا يباح لغيره بمجرد بذل الغرامة.**

يعني لاجل أنّ له السلطنة على المطالبة للعموم المذكور كـان ذلك العموم بعينه مانعاً من اباحة المـال لغـير المـالك ، لانّ الابـاحة خـلاف مقتضى العموم المذكور ، و لا يكفي في الاباحة المذكورة بذل الغرامـة لانّ الغرامة ليست بدلاً عن السلطنة المذكورة .

هل يجوز للغاصب حبس العين الى أن يدفع المالك القيمة ؟

قوله رحمه الله : **و على أيّ تقدير فيتحقّق الترادّ.**

يعني سواء أكانت الغرامة عوضاً عن العين أم عوضاً عن السلطنة يكون المقام من موارد الترادّ من الطرفين لا الردّ من خصوص أحدهما .

قوله رحمه الله : **فلكلّ من صاحبي العوضين حبس ما بيده.**

لانّ الامتناع من التسليم في ظرف امتناع الطرف الآخر الّذي هـو مـن الاحكام العرفية كما يكون في الاخذ يكون في الرجوع على نمط واحد .

قوله رحمه الله : **و المعوّض لغرامة السلطنة الفائتة.**

هذا هو الشقّ الثاني المذكور في وجه ما جزم به في التحرير ، فلا يكون جواباً عنه ، كما أنّه لا موقع لقوله : الاّ أن يقال ـ الخ ، لرجوعه اليه ، و ليس نقضاً لما سبق ، كما لا يظهر الوجه في كون الاقوى الاول .

اللّهم الاّ أن يستشكل في كلّية لزوم التقابض من الطرفين في المعاوضة الشرعية فضلاً عن الترادّ ، فتأمّل جيّداً .

قوله رحمه الله : **لانّه حبسه بحقّ .**

يعني و الغصب انّما يكون بالقبض عدواناً بغير حق .

قوله رحمه الله : **لانّه قبضه لمصلحة نفسه.**

يكفي في الضمان الاستصحاب .

قوله رحمه الله : **و الظاهر أنّه بقيمة يوم التلف.**

اذا قلنا بأنّ الغرامة في بدل الحيلولة عوض عن نفس العين و أنّه بالتمكّن من الرد لا تنفسخ المعاوضة ، فالتلف بعد ذلك لا يوجب تغيّراً في الضمان ، لانّ التلف حينئذ من مال الغارم و فى ملكه .

و ان قلنا بانفساخ المعاوضة حين التمكن فالتلف حينئذ يكون من مال المالك و في ملكه فيضمنه الضامن ضماناً جديداً و يجرى عليه أحكام الضمان ، و منها كون القيمي مضموناً بقيمته يوم التلف على ما تقدم .

و ان قلنا بمقالة المصنف رحمه الله ، من أنّ الغرامة باقية على ملك الغارم كما أنّ العين باقية على ملك المالك ، و العوضية كانت بين السلطنة الفائتة على العين و السلطنة على الغرامة ، فالتلف يكون موجباً لتبدل الضمان ، و التدارك حينئذ يكون لنفس العين التالفة لأنّها هي الفائتة ، فتضمن بمثلها أو قيمتها حين التلف بعد ما كان المضمون السلطنة عليها ، لأنّها هي الفائتة و المضمون به السلطنة على الغرامة .

و من ذلك يظهر أنّ ما ذكره المصنف رحمه الله من الضمان بقيمة يوم التلف لا ينافي ما تقدّم منه من جريان استصحاب ضمان العين بالغرامة قبل التلف ، فلاحظ و تأمّل .

و الحمدللّه ربّ العالمين ، و الصّلاة و السّلام على رسوله الكريم محمد و آله الطاهرين.

الى هنا انتهى ما أردنا ايراده من شرح كـلمات شـيخنا الاعـظم ﷺ ، و نحن عـلى أمـر عـظيم مـن تشـويش الفكـر و قـلق البـال و اضـطراب الاحوال و ارتباك الشؤون الشخصية و النوعية ،كلّ ذلك من جراء الحرب العالمية الثانية ، و لا حول و لا قوّة الاّ باللّه العلي العظيم .

و بالنظر لهذا الامر العظيم العام لم يتّسع الصدر للتعليق على عبارات شيخنا الاعظم رحمه الله بالشرح ، بل اتّخذنا خطّة اخرى هي أخـف مـؤونة علينا و على حضّار درسنا ، و هو البحث في كلّ مسألة من مسائل هـذا الكتاب الشريف على الاستقلال مع التعرّض لمطالب شيخنا قدس سره عـلى الترتيب الّذي نهجه ، و ما توفيقي الاّ باللّه عليه توكّلت و اليه انيب ، و هو حسبنا و نعم الوكيل .

و كان ذلك ضحى الخميس تاسع جمادى الاولى سنة ستّين بعد الالف و الثلاثمائة هجرية .

شروط المتعاقدين

١ ـ البحث حول تصرّفات الصبي

قوله رحمه الله : مسألة : المشهور كما عن الدروس و الكفاية بطلان عقد الصبي ـ الخ .

الكلام في هذه المسألة يقع في مقامين:

١ ـ ما استدلّ به على بطلان مباشرة الصبي اجراء العقود

الاوّل : في أدلّة القول المشهور ، فنقول : قد استدلّ له بامور :

١ ـ حديث رفع القلم عن الصبي حتّى يحتلم ، الذي رواه في الخصال عن ابن ظبيان عن علي عليه السلام [١] ، وكذا رواه في دعائم الاسلام بتفاوت يسير [٢] .

و روى في الخصال عن الرضا عليه السلام أنّه قال و فى حديث : «الصبي لا يجري عليه القلم حتّى يبلغ » [٣] .

و فى موثق عمار : «عن الغلام متى تجب عليه الصلاة ؟ قال عليه السلام : اذا

---

١ ـ عن ابن ظبيان قال : أتي عمر بامرأة مجنونة قد زنت ، فأمر برجمها ، فقال على عليه السلام : أما علمت أن القلم يرفع عن ثلاثة : عن الصبي حتي يحتلم ، و عن المجنون حتي يفيق ، و عن النائم حتي يستيقظ (الخصال :٩٣ و ١٧٥، عنه الوسائل ١:٤٥).

٢ ـ دعائم الاسلام ٢:٤٥٦، عنه المستدرك ١:٨٤.

٣ ـ الرواية مروية في فضائل الاشهر الثلاثة : ١١٦ عن احمد بن أبي عبدالله الكوفي ، عن سليمان المروزي ، عن الرضا عليه السلام .

أتى له ثلاث عشرة سنة ، فان احتلم قبل ذلك فقد وجبت عليه الصلاة و جرى عليه القلم ـ الحديث »[1].

و تقريب الاستدلال به أنّ رفع القلم امّا أن يراد به رفع الحكم ، أو رفع المؤاخذة ، أو رفع الاستحقاق ، لكن يمنع عن الاخير أنّ الاستحقاق ليس موضوعاً لجري القلم ، لانّه حكم عقلي فلا يكون موضوعاً لرفع القلم .

فان قلت : الاستحقاق و ان كان حكماً عقليّاً لا يكون موضوعاً لجري القلم بلا واسطة ، لكنّه يكون موضوعاً له بواسطة المنشأ و هو الحكم ، كما ذكر في حديث رفع التسع .

قلت : فرق بين جعله موضوعاً للرفع كما في حديث الرفع و جعله موضوعاً لرفع القلم كما في الحديث المذكور ، فانّ الحكم العقلي اذا كان ناشئاً من الحكم الشرعي يمكن أن يكون موضوعاً للوضع و الرفع بواسطة وضع المنشأ و رفعه ، و لا يمكن أن يكون موضوعاً لرفع القلم و وضعه و لو بالواسطة ، لاختصاص القلم بما يكون شرعيّاً ، فرفع القلم لا يتعلّق

---

١ ـ التهذيب ٢: ٣٨٠، عنه الوسائل ١: ٤٥.

عن حمران ، عن أبي جعفر عليه السلام انه قال : ان الجارية اذا تزوجت و دخل بها و لها تسع سنين ذهب عنها اليتم ، و دفع اليها مالها ، و جاز أمرها في البيع و الشراء ... و الغلام لا يجوز أمره في الشراء و البيع ، و لا يخرج من اليتم حتي يبلغ خمس عشر سنة (الكافي ٧: ١٩٧، مستطرفات السرائر : ٤٢٨، عنهما الوسائل ١: ٤٣).

و عن محمد بن على بن الحسين قال : قال أبوعبدالله عليه السلام : اذا بلغت الجارية تسع سنين دفع اليها مالها و جاز أمرها في مالها و اقيمت الحدود التامة لها و عليها (الفقيه ٤: ١٦٤، عنه الوسائل ١٨: ٤١١) .

و عن عبدالله بن سنان ، عن أبي عبدالله عليه السلام قال : اذا بلغ الغلام أشده ثلاث عشرة سنة و دخل الاربع عشرة سنة وجب عليه ما وجب على المحتلمين ... و جاز له كل شيء من ماله الا أن يكون ضعيفاً أو سفيهاً (الخصال : ٤٩٥، عنه الوسائل ١٨: ٤١٢ ، المستدرك ١: ٨٧) .

بما لا يكون شرعيّاً أصلاً ، سواء أكان بعناية الواسطة أم بلا عناية .

و يمنع عن الثاني أنّ مقتضاه العفو مع الاستحقاق و هو خلاف المقطوع به ، فيتعيّن الاوّل ، و مقتضى اطلاقه عدم الفرق بين الحكم التكليفي و الوضعي .

و فيه انّ القلم جرياً و رفعاً لا يختصّ بالمجعولات الشرعية ، و قد اشتهر في النصوص التعبير بكتابة الحسنات و السيئات ، بل رواية ابن سنان الواردة في المقام قد تضمّنت أنّه اذا بلغ كتبت عليه السيئات و كتبت له الحسنات [١] .

و هذا هو الظاهر في المقام ، و لو سلّم كون موضوع رفع القلم هو الحكم فالظاهر منه خصوص الحكم الّذي يكون وضعه ثقلاً عليه ، و لا يشمل مثل ما نحن فيه .

٢ ـ الروايات المتضمّنة بمنطوقها أو بمفهومها عدم جواز أمر الصبي في البيع و الشراء ، فانّ اطلاق نفي الجواز يقتضي نفي الاثر لعقده و لو كان باذن الولي .

و فيه انّ الظاهر من الجواز الجواز على نحو الاستقلال مقابل الجواز الثابت للبالغ ، فلاحظ الروايتين المذكورتين في المتن و غيرهما ، فانّ المقابلة بين حالي الصبا و البلوغ قرينة على ذلك .

مضافاً الى أنّ نفي مطلق الجواز عن عقد الصبي لا ينافي النفوذ بعنوان

---

١ ـ عن عبدالله بن سنان ، عن أبي عبدالله عليه السلام قال : سأله أبي و أنا حاضر عن اليتيم متي يجوز أمره ، قال : حتي يبلغ اشده ، قال : قلت : و ما أشدّه ، قال : احتلامه ، قال : قلت : قد يكون الغلام ابن ثمان عشرة سنة أو اقل أو اكثر و لا يحتلم ، قال : اذا بلغ و كتب عليه الشيء جاز أمره الا أن يكون سفيها أو ضعيفا (تفسير العياشي ٢٩١:٢، عنه تفسير البرهان ٤١٩:٢، المستدرك ٨٨:١).

كونه عقداً للولي ، فانّ اذنه مصحّحة لنسبته اليه و ان نسب الى الصبى ايضاً .

و لا تنافي بين عدم نفوذه بملاحظة كونه عقداً للصبي لعدم مقتضي النفوذ فيه ، و بين نفوذه بملاحظة كونه عقداً للولي لوجود مقتضيه فيه .

٣ ـ الروايات المتضمّنة لكون عمد الصبي خطأ .

ففي صحيح ابن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام : «عمد الصبي و خطؤه واحد» [١].

و في خبر اسحاق : «انّ علياً عليه السلام كان يقول : عمد الصبيان خطأ يحمل على العاقلة » [٢].

و في خبر أبي البختري عن علي عليه السلام كان يقول في المجنون والمعتوه الّذي لا يفيق و الصبي الّذي لم يبلغ : «عمدهما خطأ تحمله العاقلة و قد رفع عنهما القلم » [٣].

و فيه انّ الظاهر منها تنزيل العمد منزلة الخطأ فيما له من الاحكام ،

---

١ ـ التهذيب ١٠:٢٣٣ ، الرقم : ٩٢٠.

٢ ـ عن اسحاق بن عمار ، عن جعفر ، عن ابيه عليهما السلام أن عليا عليه السلام كان يقول : عمد الصبيان خطا تحمله العاقلة (التهذيب ١٠:٢٣٣ ، الرقم : ٩٢١).

و عن على عليه السلام : ليس بين الصبيان قصاص ، عمدهم خطا يكون فيه العقل (الجعفريات :١٢٤، عنه المستدرك ١٨:٢٤٢) .

و عن دعائم الاسلام ، عن على عليه السلام : انه ما قتل المجنون المغلوب على عقله ، و الصبي فعمدها خطا على عاقلتهما (دعائم الاسلام ٢:٤١٧، عنه المستدرك ١٨:٢٤٣) .

و عنه ، عن أبي جعفر عليه السلام انه قال : و ما جني الصبي و المجنون على عاقلتهما (دعائم الاسلام ٢:٤١٧، عنه المستدرك ١٨:٢٤٣).

٣ ـ أبي البختري عن جعفر ، عن ابيه ، عن على عليهم السلام : انه كان يقول ـ الحديث ، (قرب الاسناد :١٥٥، دعائم الاسلام ٢:٤١٧، عنه المستدرك ١٠٤:٣٨٩) .

فيختصّ بما اذا كان للخطأ حكم شرعي ، ليصحّ التنزيل بلحاظه كما في باب الجنايات ، و لا يجري فيما نحن فيه ممّا كان الاثر فيه للعمد فقط ، و لو كان المراد منه مثل ما نحن فيه لكان الاولى التعبير بمثل : عمد الصبي كلا عمد و قصده كلا قصد ، بل قوله عليه السلام في الخبرين: «تحمله العاقلة» ، و : «يحمل على العاقلة» ، كالصريح في الاختصاص بباب الجنايات ، لانّ الضمير المستتر في فعل الحمل و البارز الراجع الى العمد لا يكون في غيرها كما لا يخفى .

مضافاً الى أنّ الالتزام بكون المراد منه تنزيل قصده منزلة العدم يوجب البناء على تقييده في كثير من الموارد الّتي لا يمكن الالتزام فيها بذلك ، مثل صلاته و صومه و افطاره و سفره و اقامته و احرامه ، و نحوها من الافعال الّتي تتقوم بالقصد ، فلا أقلّ من أن يكون ذلك قرينة على الاختصاص .

و ايضاً فانّ استعمال العمد و الخطأ في الجناية العمدية و الخطئية شائع جدّاً في النصوص العامية و الخاصية على نحو صار كاصطلاح خاص ، فمع تردّد المراد يكون الكلام من قبيل المجمل .

ففي صحيح أبي بصير في غلام لم يدرك و امرأة قتلا رجلاً خطأ ، فقال : «انّ خطأ المرأة و الغلام عمد ـ الحديث» [١].

و في صحيح ضريس في امرأة و عبد قتلا رجلاً خطأ فقال : «انّ خطأ المرأة و العبد مثل العمد » [٢]، و نحوهما غيرهما .

---

١ ـ الكافي ٣٠١:٧ ، التهذيب ٢٤٢:١٠ ، الرقم : ٩٦٣ ، الاستبصار ٢٨٦:٤ ، عنهم الوسائل ٨٧:٢٩ .

٢ ـ الكافي ٣٠١:٧ ، التهذيب ٢٤٢:١٠ ، الرقم : ٩٦٢ ، الاستبصار ٢٨٦:٤ ، الفقيه ٨٤:٤ ، عنهم الوسائل ٨٨:٢٩ .

و بـالجملة لا يـنبغي التأمّـل فـي قـصور النـصوص عـن صـلاحية الاستدلال بها لما نحن فيه ، اذ لا أقلّ من عدم ظهورها فيه .

و أشكل من ذلك دعوى استفادة المـقصود مـن حـديث رفـع القـلم بملاحظة خبر أبـي البـختري المـتقدّم ، فـانّ قـوله عليه‌السلام : « و قـد رفـع عنهما » ، في ذيله ليس له وجه ارتباط بما قبله الاّ من جهة كونه مـعلولاً لقوله : «عمد الصبي خطأ » ، أو علّة لثبوت الدية على العاقلة ، اذ يكفي في ارتباطه به كونه حكماً اخرويّاً و ما قبله حكماً دنيويّاً ، فيكون المقصود في الحديث بيان الجهتين معاً من دون عليّة و لا معلوليّة .

مع أنّه ينفي الاولى خلوّه عن مثل الفاء و اللام الدالّـتين عـلى ذلك ، و ينفي الثانية المخالفة في كيفية التعبير من حيث الاشتمال عـلى «قـد» الدالّة على تحقيق مدخولها ، و خلوّ جملة : «تحمله العاقلة» عنها ، فاذاً القول المشهور لا دليل عليه ظاهر .

٢ ـ ما استدلّ به على صحة مباشرة الصبي اجراء العقود

المقام الثاني : فيما يمكن الاستدلال به على خلاف المشهور ، و هو امور :

١ ـ قوله تعالى : « وَ ابْتَلُوا الْيَتامىٰ حَتّىٰ إِذٰا بَلَغُوا النِّكاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْداً فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوٰالَهُمْ »[1] ، لظهورها في كون الابـتلاء قـبل البـلوغ بـقرينة التعبير عنهم باليتامى ، و قوله تـعالى : «حَـتّىٰ» سـواء أكـانت للـغاية أم للابتداء ، و الظاهر من الابتلاء الابتلاء بالمعاملات على الاموال ، و اختبار رشدهم فيها ، و حملها على الابتلاء بمقدّمات العقد ، خلاف الظاهر .

---

١ ـ النساء :٦.

و دعوى أنّ قوله تعالى : « فَادْفَعُوا ـ الاية» ظاهر في اختصاص دفع المال بايناس الرشد بعد البلوغ ، فلا يكون الابتلاء السابق على البلوغ بدفع المال .

مندفعة بأنّ الظاهر من دفع المال بعد البلوغ و ايناس الرشد ارتفاع الحجر و الاستقلال بالتصرف ، و دفع المال كناية عنه ، يعني : اذا آنستم منهم رشداً فولاية أموالهم لانفسهم لا لكم أيّها الاولياء ، مع أنّ الابتلاء بالبيع و الشراء لا يتوقّف على دفع المال حتّى يكون الامر بالدفع بعد البلوغ منافياً له .

فلا مانع من الالتزام بصحّة عقدهم الاختباري ، و ان لم يجز دفع المال اليهم حينئذ ، و لو سلّم فالمراد دفع بقيّة أموالهم الزائدة على المقدار المحتاج اليه في اختبارهم و نفقاتهم .

نعم تمكن المناقشة في الدلالة بأنّ الاختبار لا يتوقّف على صحّة المعاملة ، فتكون معاملاتهم تمرينية كعباداتهم على القول بكونها تمرينية ، لكنّها خلاف الظاهر .

٢ ـ رواية السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام ، قال عليه السلام : «نهى رسول الله صلى الله عليه وآله عن كسب الاماء ، فانّها ان لم تجد زنت الاّ امة قد عرفت بصنعة يد ، و نهى عن كسب الغلام الصغير الّذي لا يحسن صناعة بيده ، فانّه ان لم يجد سرق »[١].

فانّ التقييد و التعليل ظاهران في نفوذ كسبه في الجملة ، و لو حمل النهي على الكراهة فالدلالة أظهر ، و حمله على الكسب بنحو الالتقاط أو العمل بأمر الغير ممّا لا يكون عقداً خلاف الاطلاق ، بل خلاف ظاهر التعليل جدّاً .

---

١ ـ الكافي ٥: ١٢٧، التهذيب ٦: ٣٦٧، عنهما الوسائل ١٧: ١٦٣.

٣ـ السيرة الّتي ادّعاها الكاشاني و سيّد الرياض، على ما حكى عنهما المصنف رحمه الله.

و الظاهر أنّها ليست مورداً للتشكيك، اذ لا يحتمل عدم مداخلة الصبيان المميزين في أمر المعاملات في عصر المعصومين عليهم السلام، كيف و قد استقرّت على ذلك سيرة العقلاء، اذ لا يفرّقون في جواز المعاملة مع المميزين بين من بلغ الخمس عشرة سنة و من لم يبلغها الاّ بعد أيّام أو ساعات، و غاية ما ثبت الردع عن بنائهم على استقلالهم في التصرف، فيبقى جواز التصرف باذن الولي بحاله بلا رادع.

و من ذلك تعرف وهن الاشكال على السيرة المذكورة باحتمال كونها ناشئة عن عدم المبالات في الدين.

كوهن الاشكال عليها بأنّها ليست مطلقة بل مختلفة باختلاف عمر الصبي و موضوعات معاملاته، اذ فيه انّ هذا الاختلاف ليس للبناء على عدم الجواز، بل للاحتياط في المحافظة على المال و الحذر من الوقوع في الغبن، و لذا اختلف السيرة في توكيل البالغ في المعاملات، فربّ شخص يوكّل في شراء الحيوان لا يوكّل في شراء العقار، و بالعكس و هكذا، و مثل ذلك لا يقتضي التفصيل في جواز التوكيل بين الموارد المذكورة، و كذا في المقام.

و بالجملة لا ينبغي التأمّل في ثبوت سيرة العقلاء على ذلك في جميع الاعصار على نحو غيرها من سيرهم الّتي لم يثبت الردع عنها، و الظاهر أنّ سيرة المتشرعة جارية عليها، فلا ينبغي التأمل في حجّيتها.

و دعوى أنّ ما عليه السيرة هو المعاطاة الّتي يكفي فيها الاذن بالتصرف و الرضى به، أو أنّ ذلك من اذن الولي في تولّي البالغ طرفي العقد غير ظاهرة، بل ممنوعة، مع أن الدعوى الثانية لاتتاح مع كون الطرفين غير بالغين، فلاحظ و تأمّل.

فاذاً لا يبعد القول بصحّة عقد الصبي اذا كان باذن الولي كما اختاره جماعة ، منهم المحقق الاردبيلي ، و قبله الفخر في الايضاح على ما حكي عنهما ، و اختاره في اجارة الشرائع و تردّد فيه ، و اختاره في عاريتها و حكي عن جماعة .

٢ ـ اعتبار القصد الى مدلول العقد في صحته

قوله رحمه الله : **مسألة : و من جملة شرائط المتعاقدين قصدهما لمدلول العقد الّذي يتلفظان به ـ الخ .**

لا ريب في اعتبار القصد المذكور في ترتّب الاثر على العقد ، كيف و عنوان العقد من البيع و غيره من عناوين العقود قصديّات لا يصحّ اعتبارها عند العقلاء الاّ في ظرف قصدها ، لكن في عدّ ذلك من الشرائط فضلاً عن كونه من شرائط المتعاقدين تأمّلاً ظاهراً ، اذ هو من مقوّمات العقد الّتي ينتفي بانتفائها ذاتاً لا ممّا ينتفي بانتفائها أثره و حكمه .

ثم انّ من الواضح أنّ المراد من قصد مدلول العقد قصد ايجاده و انشائه و ارادة ايقاعه في مقابل عدم قصد ايجاده ، سواء أكان لعدم قصد اللفظ كما في لفظ الغالط ، أم لعدم قصد معناه أصلاً كما في عقد الهازل ، أم لعدم قصده على نحو الايقاع كما لو قصد الحكاية عنه و الاخبار .

ثم انّه لا ينبغي التأمّل في عدم الاكتفاء بقصد العنوان المردّد بين عنوانين ، كما لو قال : بعتك الدار ، أو : آجرتكها ، فيقصد الموجب ايقاع الامر المردّد بين البيع و الاجارة ، و كذا لو كان المردّد موضوع العنوان كما لو قال : بعتك الدار أو الفرس ، لانّ المردّد لمّا لم يكن له مطابق لم يصحّ اعتباره ، كما لا يصحّ أن يكون موضوعاً للاحكام و لو كانت اعتبارية ،

فلا يصحّ اعتبار المردّد بين البيع و الاجارة ، كـما لا يـصحّ اعـتبار البـيع للمردّد بين الفرس و الدار ، فلا بدّ في صـحة العـقد مـن قـصد العـنوان بموضوعه على نحو التعيين.

اعتبار تعيين من له العقد

و أمّا تعيين من له العقد فيختلف باختلاف عناوين العقود ، فـان كـان العنوان ممّا يتقوّم بمن له العقد فلا بدّ من تعيينه لما عرفت ، فلا يصحّ : ملّكت فـرسي ، و لا : زوّجت ابـنتي ، مـع عـدم تـعيين مـن له التـمليك و التزويج ، اذ لا اعتبار للتزويج و التمليك مع عدم اضافتهما الى معيّن ، و ان كان العنوان لا يتقوّم بمن له العقد فلا موجب لقصده كما في عقود المعاوضات.

فانّ المعاوضة انّما تقوم بالعوضين لا غير ، فيصحّ أن يـقول القـائل : بدّلت الفرس بالحمار ، و : عوّضت الفرس بالدينار ، و منه : بعت الفرس بالدينار ، بناء على ما عرفت من أنّ البيع المبادلة بين المالين.

نعم اذا لم يكن العوضان خارجيّين اعتبر القصد الى من له العقد ، لانّ الذميّات لا تصحّ أن تكون موضوعاً للمعاوضة اذا لم تكن مضافة الى ذمة معينة ، سواء لم تكن مضافة الى ذمة اصلاً ، كما لو قال : بعت فرساً في ذمة زيد أو عمرو بدينار في ذمة أحدهما ، مع عدم قصد واحد بعينه ، فلا بدّ من تعيين من له العقد ليصحّ جعل المعوّض عوضاً ، بل في القسم الاول ، و ان لم يكن من له العقد مقصوداً تفصيلاً لكنّه مـقصود اجـمالاً لا تـبعاً لقصد المعاوضة ، اذ مرجع المعاوضة بين الشيئين قيام كلّ منهما في مقام الآخر بلحاظ اضافته الى من له العقد.

فمرجع : بعت الفرس بالدينار ، الى جعل الفرس عوضاً عن الدينار من

حيثية اضافته الى مالكه، و جعل الدينار عوض الفرس من حيث اضافتها الى مالكها.

و من هنا صحّ أن يقال: انّ من له العقد لا بدّ من قصده امّا اجمالاً أو تفصيلاً، امّا لرجوع قصد البدلية اليه أو لتوقّف قصدها عليه.

و من ذلك يظهر امتناع قصد البدلية عن غير من يكون له البدل، لانّ التنافي بين الامرين مانع عن القصد اليهما، لانّ اجتماع المتنافيين محال فقصده محال، فيمتنع قصد أن يبيع الانسان مال نفسه عن غيره كما يمتنع ايضاً قصد أن يببع مال غيره لنفسه، و كذا قصد شراء شيء لنفسه بمال غيره و شراء شيء لغيره بمال نفسه، لا أنّه يتحقّق القصد اليهما و يكون القصد عن غير من له المال لغواً لا يترتب عليه أثر، لما عرفت من استحالة القصد المذكور لاستحالة متعلقه.

و شراء الغاصب لنفسه بالعين المغصوبة مبني على نحو من المسامحة لتنزيل نفسه منزلة غيره، ففى الحقيقة يقصد الشراء عن المالك لكنّه يرى أنّه المالك، و كذا الحال في أمثاله من الامثلة، فلاحظ.

البحث في جهات

ثمّ انّه يقع الكلام في امور:

١ ـ الظاهر انّه لا مانع من توجيه الخطاب بالايجاب الى غير من له العقد اذا كان عنوان العقد ممّا يقوم بغير من هو له مثل البيع و الاجارة، كما اذا قال البايع للوكيل أو الولي أو الفضولي: بعتك فرسي بحمار زيد، قاصداً أن يكون الفرس لزيد، و كذا اذا قال له: آجرتك داري بدينار زيد، و لا يصحّ اذا لم يكن العنوان كذلك، فلا يصحّ أن يقول له: ملّكتك فرسي بحمار زيد، كما لا يصحّ أن تقول الزوجة لوكيل الزوج: زوّجتك نفسي.

و السرّ في ذلك ظاهر ، اذ لمّا صحّ : ابتعت لزيد ، و استأجرت لزيد ، صحّ في القسم الاوّل ، و لمّا لم يصحّ أن يقول : تملّكت لزيد ، و تزوّجت لزيد ، لم يصحّ في القسم الثاني .

٢ ـ الظاهر انّه لا يحب معرفة من له العقد ، فلا يلزم معرفة الموجب من له الابتياع ، و لا معرفة المبتاع من له البيع ، فيصحّ أن يقول الموجب : بعت هذا الفرس بهذا الدينار ، فيقول المشتري : قبلت ، من دون أن يعرف البائع من له الدينار ، و أن يعرف المشتري من له الفرس ، لعدم الدليل على قدح الجهالة المذكورة ، و أدلّة نفي الغرر انّما تدلّ على قدح الجهالة بالصفات الّتي يكون عليها المبيع و الثمن ممّا تختلف الرغبة باختلافها ، فليست معرفة المالك الاّ كمعرفة مكان المبيع حين البيع ، و معرفة السبب الباعث على البيع ، و نحو ذلك ممّا لا يرتبط بالرغبة .

و الظاهر انّه لا فرق بين أن يكون العوضان خارجيّين و أن يكونا ذمّيين ، و أن يكونا مختلفين.

٣ ـ اذا جاز توجيه الخطاب الى غير من له العقد و تردّد بين أن يكون الانشاء للايجاب أو القبول أصالة عن نفس الموجب أو عن غيره ولاية عليه أو وكالة عنه أو فضولاً ، فالظاهر يقتضي الاوّل ، فاذا قال زيد لعمرو : بعتك منّاً من حنطة بمنّين من ارز ، بني على اشتغال ذمّة زيد بمنّ الحنطة لعمرو ، و اشتغال ذمّة عمرو بمنّين من الارز لزيد ، الاّ أن تقوم الحجة على خلاف ذلك .

٤ ـ اذا علم أنّ العاقد باع أو اشترى لغيره ، فتارة يكون وكيلاً في مجرّد اجراء الصيغة ، و اخرى يكون وكيلاً في نفس المعاملة ، ففي الاولى لايجوز الرجوع اليه في تسليم الثمن أو المثمن ، لعدم المقتضي لذلك بعد ما لم يكن مستحقّاً عليه ذلك ، و أمّا في الثانية فالظاهر أنّه لا اشكال

في جواز الرجوع اليه في ذلك، اذا كان قد اشترط عليه ذلك في العقد لعموم نفوذ الشرط.

أمّا لو لم يشترط فالظاهر جواز رجوعه عليه مطلقاً، سواء أكان عالماً بذلك حال العقد أم جاهلاً، امّا لأنّه من الشرائط الضمنية، أو لأنّه من الاحكام العرفية للعاقد، كما يشهد به مرتكزات العرف و سيرتهم من الرجوع الى من يفوّض اليه أمر المعاملة كعامل المضاربة و نحوه، و يظهر ذلك بأقلّ مراجعة لهم في ذلك.

و لا فرق بين أن يكون موضوع المعاملة ديناً في الذمة، أو عيناً بيده أو بيد الموكّل، و ما عن جامع المقاصد و المسالك و مجمع البرهان و المفاتيح من اختصاص المطالبة بمن في يده العين غير ظاهر، و جواز الرجوع الى من في يده العين لانّ عينه في يده لا ينافي جواز الرجوع الى غيره اذا كان ذلك من أحكام ايقاع العقد، كما لا ينافي جواز الرجوع الى من في ذمّته الدين جواز الرجوع الى غيره فيما لو كان الموضوع ديناً، فالتفصيل بين الدين و العين ضعيف، و كذا الحكم لو كان الموضوع ديناً و قد دفع الموكّل فرداً منه الى الوكيل ليدفعه الى مستحقّه لاطّراد الوجه المتقدّم في الجميع.

و من ذلك تعرف ضعف ما في الشرائع و عن غيرها، من اختصاص المطالبة بالوكيل مع الجهل و بالوكيل مع العلم، سواء أكان المراد الجهل المستمرّ أم الجهل حال العقد أو الى زمان القبض، اذا كان مرجع الاوّل الى عدم جواز الرجوع الى الوكيل أصلاً، و الرجوع اليه مع الجهل بالوكالة انّما كان اعتماداً على أصالة كون العقد عن نفسه، كما عرفت في الامر السابق.

و وجه الضعف حينئذ ما عرفت من أنّه خلاف الارتكاز العرفي

و سيرتهم، و كأنّ وجه الثاني قاعدة الغرور، لكن لو تمّت كليّة اختصّت بصورة ورود الضرر على المغرور ليرجع الى الغار في تداركه، لا أنّها تقتضي جواز الرجوع بالعوض و المطالبة به الّذي هو محل الكلام، و كأنّ وجه الاخير أنّ العلم قبل القبض مانع من تحقّق الوقوع في الغرور، لامكان الامتناع عن الاقباض الاّ بعد القبض، لكنّه ايضاً مبني على الرجوع الى قاعدة الغرور، و قد عرفت اشكاله.

ثمّ انّ الظاهر جواز الرجوع الى الاصيل ايضاً، لانّ العقد حقيقة له فيعمل معه بمقتضاه.

ثمّ انّ ممّا ذكرنا تعرف أنّ دعوى البائع كونه وكيلاً غير أصيل غير مسموعة بلحاظ الاثر المذكور لترتّبه على كلتا الحالتين، و الدعوى انّما تكون مسموعة اذا كان الاثر ثابتاً على تقدير ثبوت المدّعى دون ما اذا لم يثبت، أمّا اذا كان ثابتاً على كلّ من تقديري ثبوته و عدمه فلا تكون مسموعة كما هو ظاهر.

ثمّ انّه حيث يجوز الرجوع الى الوكيل في المطالبة بالثمن أو المثمن، يجوز الرجوع اليه ايضاً عند الفسخ بالخيار، فلو وجد المشتري عيناً في المبيع كان له مطالبة كلّ من الوكيل و الموكّل بالثمن عند فسخ البيع و ردّ المبيع لعين الوجه المتقدم.

و تمام الكلام في هذا المقام في كتاب الوكالة، فراجع.

٣ـ اعتبار الاختيار في صحة العقد

قوله رحمه‌الله: **مسألة: و من شرائط المتعاقدين الاختيار، و المراد به القصد الى وقوع مضمون العقد عن طيب ـ الخ.**

قد عرفت آنفاً أنّ الانشاء متقوّم بقصد وقوع المنشأ ، فاذا لا يكون قصد لايكون انشاء ، و هذا القصد عين الاختيار لوقوع المنشأ ، و من الواضح أنّ اختيار وقوع الشيء حقيقيّاً كان أو اعتباريّاً يتوقّف على ترجيح وجوده على عدمه في نظر المختار الموجب لميل النفس اليه الموجب لتعلّق الارادة و القصد به ، و هذا الميل هو المعبّر عنه بطيب النفس .

و على هذا فاعتبار القصد الى المنشأ في حقيقة الانشاء راجع الى اعتبار الاختيار فيه ، و اعتبار طيب النفس به فضلاً عن الرضى به ، فهذا الشرط ليس راجعاً الى اعتبار طيب النفس لكفاية الشرط السابق في اعتباره ، بل راجع الى اعتبار عدم الاكراه لا غير ، فعقد المكره لايصحّ من جهة صدوره عن اكراه لا لفقد الرضى و طيب النفص ، لما عرفت من امتناع تحقّق القصد الى وقوع مضمونه مع عدم تحقّق الرضى و طيب النفس به .

و دعوى أنّ الرضى و طيب النفس الحاصلين في عقد المكره انّما كانا بملاحظة ما يترتّب على تركه من الضرر المتوعّد به ، أمّا بالنظر الى ذاته فلا رضى به و لا طيب نفس ، و المقصود من هذا الشرط اعتبار الرضى و طيب النفس بالنظر الى ذاته .

مدفوعة بأنّ أكثر المعاملات الصحيحة انّما يكون الرضى و طيب النفس بها بملاحظة ما يترتّب على فعلها من دفع مفسدة أهمّ أو جلب منفعة كذلك ، فلا يعتبر فى صحّة المعاملات الرضى و طيب النفس الذاتيين ضرورة ، فيتعيّن أن يكون المعتبر فيهما ما هو أعمّ ممّا كان بالعنوان الاولي و الثانوي كما في عقد المكره .

و من ذلك يتّضح ما ذكرناه ، من أنّ بطلان عقد المكره من جهة محض

صدوره عن اكراه لا لفقد الرضى أو طيب النفس به .

و من ذلك ايضاً يظهر أنّه لايصحّ الاستدلال على اعتبار هذا الشـرط بقوله عليه السلام : «لا يحلّ دم امريء مسلم و لا ماله الاّ بطيبة نفسه» [۱].

نعم يصحّ الاستدلال عـليه بـقوله تـعالى : « اِلاّ اَنْ تَكُـونَ تِـجارَةً عَـنْ تَراضٍ » [۲] ، لظهور التجارة في الاختيار ، فاعتبار التراضي فـيها لا بـدّ أن يكون في مقابل الاكراه لا بالمعنى المساوق للاختيار .

و هذا هو العمدة فيه ، مضافاً الى الاجماع المحقّق ، و حـديث رفـع الاكراه بناء على ظهوره في رفع السببية ، و لو بقرينة استدلال الامام عليه السلام به في صحيح البزنطي عن أبي الحسن عليه السلام : «في الرجل يستكره عـلى اليمين فيحلف بالطلاق و العتاق و صدقة ما يملك أيلزمه ذلك ؟ فـقال عليه السلام : لا ، قال رسول الله صلى الله عليه و آله : وضع عن امّتي ما اكـرهوا عـليه و مـا لم يطيقوا و ما أخطأوا » [۳].

---

۱ ـ الكافي ۷:۲۷۳، الفقيه ٦٦:٤، عنهما الوسائل ۱۲۰:٥ .

و عن تحف العقول ، عن رسول الله صلى الله عليه و آله انه قال في خطبة حجة الوداع : ايها الناس انما المؤمنون اخوة ، و لا يحل لمؤمن مال اخيه الا عن طيب نفس منه (تحف العقول : ۳٤) .

عن رسول الله صلى الله عليه و آله انه قال : المسلم اخو المسلم ، لا يحل ماله الا عن طيب نفسه (عوالى اللئالي ٤۷۳:۳، عنه المستدرك ۳ : ۳۳۱) .

۲ ـ النساء :۲۸.

۳ ـ عن احمد بن أبي عبدالله في المحاسن ، عن ابيه ، عن صفوان بن يحيي ، و احمد بن محمد ابن أبي نصر جميعا ، عن أبي الحسن عليه السلام ـ الحديث (نوادر احمد بن محمد بن عيسي :۷٥، المحاسن :۳۳۹ ، عنهما الوسائل ۲۳۷:۲۳) .

عن حريز بن عبدالله ، عن أبي عبدالله عليه السلام قال : قال رسول الله صلى الله عليه و آله : رفع عن امتي تسعة : الخطأ ، و النسيان ، و ما اكرهوا عليه ، و ما لا يطيقون ، و ما لا يعلمون ، و ما اضطروا اليه ،

أو نصوص بطلان طلاق المكره ، بناء علي عدم الفصل بينه و بين المقام ، لكن عدم الفصل يثبت بنحو يكون في مقابل الاجماع المتقدّم ليكون دليلاً مستقلاً .

بحث في عقد المكره

و ينبغي التعرّض لامور :

١ ـ هل المكره قاصد الى اللفظ دون مدلوله ؟

انّك قد عرفت أنّ محلّ الكلام في هذا الشرط هو العقد الجامع لجميع شرائط العقد ، من القصد و الرضى و طيب النفس ، عدا الاختيار بالمعنى المقابل للاكراه ، بأن لا يكون مكرهاً عليه ، و قد صرّح جماعة بأنّ المكره قاصد الى اللفظ دون مدلوله ، بل هو ظاهر من جعل الاختبار شرطاً للعقد في مقابل البلوغ و العقل ، و أخرج به عقد السكران و المغمى عليه و المكره .

بل أصرّ في الجواهر على ذلك ، فقال : «من المعلوم انتفاء ارادة معنى العقد من المكره ، لعدم تصوّر الاكراه عليه ».

و فيه مضافا الى ما سيأتي ، من أنّ الاكراه قد يقتضي الدهشة فيضطرّ

← والحسد ، و الطيرة ، و التفكر في الوسوسة في الخلق ما لم ينطق بشفة (الفقيه ١:٣٦٥، الخصال : ٤١٧، التوحيد :٣٥٣ ، عنهم الوسائل ٨:٢٤٩، ١٥: ٣٦٩) .

و عن احمد بن محمد بن عيسي في نوادره ، عن اسماعيل الجعفي ، عن أبي عبدالله عليه السلام قال : سمعته يقول : وضع عن هذه الامة ست خصال : الخطأ و النسيان ، و ما استكرهوا عليه ، و ما لا يعلمون ، و ما لا يطيقون ، و ما اضطروا اليه (نوادر احمد بن محمد بن عيسي :٦٢ ، عنه الوسائل ٢٣:٢٣٧، المستدرك ١٢:٢٤).

المكره ـ بالفتح ـ الى قصد ايقاع مضمون العقد فضلاً عن قصد مدلول اللفظ ، أنّ ذلك لو تمّ اقتضي بطلان عقد المكره حتّى لو كان بحقّ أو لحقه الرضى و الاجازة ، و الالتزام بالصّحة في الفرضين المذكورين تعبّداً لا بعنوان البيع ممّا لا يمكن ارتكابه .

مع أنّ البناء على خلوّ المكره عن القصد الى المعنى ممّا يوجب وضوح حكم عقده على نحو لا يحسن التمسك له بما دلّ على اعتبار الرضى أو طيب النفس أو حديث رفع الاكراه أو نحو ذلك ، اذ مع انتفاء القصد لا مجال لتوهّم الصحة ، لانتفاء العقد بانتفاء القصد كما عرفت فيما سبق .

و كيف كان فلا يهمّ توجيه كلام الجماعة بعد وضوح الحال و صعوبة التوجيه .

٢ ـ بحث في حقيقة الاكراه

الظاهر أنّ الاكراه لغة و عرفاً حمل الغير على ما يكره بتوعيده بالضرر غير المستحق ، فايقاع العقد المكروه اذ لم يكن ناشئاً عن حمل غيره بل يكون بداع آخر لا يكون اكراهاً ، كالمريض المحتاج في علاجه الى المال فيلتجيء الى بيع داره مع كراهته لذلك .

و كذا لو كان بحمل غيره بتوسّط وعده بالنفع ، كما لو وعده بأن ينصبه والياً اذا باع داره ، و كذا لو توعّده بالضرر المستحق ، كما قال الدائن للمديون : ان بعت دارك أبرأت ذمّتك من الدين ، بل في الحقيقة ذلك من الوعد بالنفع .

ثمّ انّ الاكراه قد يكون نفسيّاً كما لو أمره السلطان ببيع داره ، و قد يكون غيريّاً كما لو أمره ببناء قنطرة اذا كان لا يتمكن من بنائها الاّ ببيع داره

و صرف ثمنها ، فانّ ذلك اكراه على البناء نفسيّاً و على البيع غيريّاً ، لانّ الاكراه على ذى المقدمة اكراه على المقدمة .

الاّ أنّ الظاهر أنّه لا اشكال في صحّة البيع ، اذ الادلّة المتقدّمة على قدح الاكراه في الصحة غير جارية ، أمّا الاجماع فظاهر ، و أمّا حديث الرفع فاطلاقه اللفظي و ان كان شاملاً للمقام الاّ أنّه لمّا كان امتنانيّاً امتنع شموله له ، اذ يكون تطبيقه خلاف الامتنان ، لانّ ابطال البيع في الفرض تعسير لا تيسير ، و تضييق لا توسعة .

و مثله يقال ايضاً فيما لو كان الاكراه بحقّ ، فانّ اجراءه خلاف الامتنان في حقّ صاحب الحق ، فلو اكره على بيع داره لوفاء دينه كان بيعه صحيحاً ، لانّ ابطاله ضرر على الدائن ، فلا يشمله الحديث الشريف .

٣ ـ هل يعتبر في الاكراه عدم امكان التفصي عن الضرر ؟

قد عرفت أنّه يعتبر في مفهوم الاكراه كراهة الفعل المكره عليه لولا الاكراه ، و أنّ الرضى به بل فعله انّما كان فراراً عن الضرر المتوعّد به ، فيكون من باب ارتكاب أخفّ المحذورين و أقلّ القبيحين.

و على هذا يمتنع صدق الاكراه مع امكان التفصّي بما لا ضرر فيه على المكره ، اذ حينئذ لا يكون تزاحم بين الضررين كي يكون من باب ارتكاب أخفّ المحذورين ، لامكان الفرار عن المحذورين معاً بارتكاب الامر المتفصّي به ، فلو فعل المكره عليه حينئذ كان فعلاً لغير المكروه ، فلا يكون اكراهاً قادحاً في صحة العقد .

و الظاهر عدم الفرق فيما به التخلّص بين التورية و غيرها ، و قد يستظهر من رواية عبد اللّه بن سنان قال لي أبو عبد الله عليه السلام : « لا يمين في غضب ، و لا في قطيعة رحم ، و لا في جبر ، و لا في اكراه ، قال : قلت :

أصلحك اللّه فما الفرق بين الجبر و الاكراه ؟ فقال عليه السلام : الجبر من السلطان ، و يكون الاكراه من الزوجة و الام و الاب و ليس ذلك بشيء »[١] .

لكن وجهه غير ظاهر ، بل الظاهر منها الفرق بين مراتب الضرر الّذي يخاف عند عدم فعل المكره عليه ، فان كان ممّا يتوقّع وقوعه من السلطان فالحمل على الفعل جبر ، و ان كان ممّا يتوقع من غيره فهو اكراه ، مع أنّه لو فرض تماميّة الاستظهار المذكور وجب التصرف فيه و لو بالاقتصار على مورده ، اذ لا يجوز رفع اليد عن الادلّة الاوّلية بمثله مع ظهور الاتفاق على خلافه .

و مثله في الاشكال ما فى كلام شيخنا الاعظم رحمه الله من أنّ حمل عموم رفع الاكراه و خصوص النصوص الواردة في طلاق المكره و معاقد الاجماعات و الشهرات المدّعاة على اعتبار العجز عن التورية لجهل أو دهشة بعيد جدّاً ، اذ لا بُعد في ذلك بعد ما عرفت من عدم صدق الاكراه حينئذ ، بل البعيد جدّاً عموم ذلك كلّه لصورة امكان التفصّي بالتورية ، فانّ لازمه أن لا يكون المراد بالاكراه ما هو معناه لغة و عرفاً ، مع عدم نصب قرينة عليه .

و كذا ما في كلامه قدس سره من: « أنّ العجز عن التورية لو كان معتبراً لاشير اليه في الاخبار المجوّزة للحلف كاذباً عند الخوف و الاكراه ـ انتهى ».

اذ فيه انّ التفصي بالتورية شيء نادر جدّاً ، خصوصاً في موارد الخطر العظيم ، لانّ استعمال اللفظ في غير معناه على نحو التورية غير مألوف للمتكلم ، يحتاج الى عنايات لاتخفي على السامع ، الّا اذا كان المتكلم من

---

١ ـ الكافي ٤٤٢:٧، التهذيب ٢٨٦:٨، الفقيه ٢٣٥:٣، معاني الاخبار :١٦٦ و ٣٨٩، عنهم الوسائل ٢٣٥:٢٣.

أهل الملكات في ذلك الناشئة من كثرة المزاولة و الممارسة ، و لذا ترى كثيراً من الناس يعرف كذبه بمجرد النطق لقلة المزاولة ، مع أنّ الكذب أخفّ مؤونة من التورية .

و لعلّ ترك التنبيه على التورية لأنّها غالباً لايحصل بها التفصّي بل الوقوع في الخطر ، أو لانّ البناء عليها خلاف الاحتياط في لزوم دفع الضرر المتوعّد به ، اذ لايؤمن من ظهور الحال بنحو يوجب الوقوع في الضرر .

نعم اذا كان الامر المتفصّى به ضرراً على المكره فامكان التفصّي لا يوجب انتفاء الاكراه لو فعل المكره عليه ، اذ يكون حينئذ من قبيل الضرر المتوعد به ، و لا فرق بين أن يكون أشدّ ضرراً من المكره عليه أو أخفّ أو مساوياً ، لانّ المدار في صدق الاكراه الحمل على الفعل بتوسّط احداث داعي الخوف و هو في الجميع حاصل ، و مجرّد كونه أخفّ في الواقع لايقتضي كونه أخفّ في نظر المكره الّذي هو المدار في صدق الكراه .

هذا ، و لو تفصّي المكره بما به التفصّي لم يكن اكراهاً لعدم الحمل عليه ، لا نفسيّاً و لا غيريّاً ، و مجرّد وقوعه عن خوف الامر المتوعّد به لا يكفي في صدق الاكراه ما لم يكن قد حمل عليه ، نظير ما لو باع داره خوفاً من أن يغتصبها الظالم ، أو من أن يكرهه على بيعها على بعض أعوانه أو نحو ذلك ، فانّ ذلك كلّه ليس من الاكراه في شيء ، لعدم الحمل المعتبر في مفهومه .

بحث في متعلق الاكراه

١ ـ الاكراه في المحرّمات

قد عرفت أنّه يعتبر في مفهوم الاكراه أن يكون المحمول عليه مكروهاً للمكره بالفتح، و أنّ باعثيّة الحمل عليه بمناط ارتكاب أقلّ المحذورين و أهونهما، و هذا المعنى يختلف باختلاف الافعال المكره عليها.

فان كان ممّا لا اقتضاء فيه شرعي، بأن يكون ممّا يجوز فعله شرعاً، فكراهة الامر المكره عليه و كراهة الامر المخوف الّذي يكون الامر المكره أهون منه انّما هما بلحاظ الجهات النفسانية و الدواعي الجبليّة بلا دخل للشارع فيهما، و يكون الحكم المرفوع هو الحكم الوضعي مثل الاكراه على البيع و الطلاق و نحوهما.

و ان كان ممّا فيه اقتضاء شرعي كما لو كان محرّماً شرعاً، فكراهته وكراهة الامر المخوف انّما هو بلحاظ الاقتضاء الشرعي فيهما، فلو حمل على شرب الخمر لم يكن ذلك اكراهاً الاّ بلحاظ كراهتها لكونها محرمة، و انّ ارتكابها أهون من الوقوع في محرّم آخر، و لا عبرة بالدواعي النفسانية في مثل ذلك.

و هذا ممّا لا اشكال فيه، و كأنّ السرّ فيه أنّ أدلّة الاحكام الاقتضائية دالّة على الغاء نظر المكلّف و اهمال دواعيه النفسانية، و أنّه لا عبرة بشوقه الى الفعل و لا بكراهته من غير جهة الحكم الشرعي، فالاكراه المأخوذ في موضوع أدلّة نفي الاكراه ينزل على الاكراه بالنظر الى حكم الشارع، فتكون أدلّة الاحكام الاقتضائية من هذه الجهة حاكمة على أدلّة نفي الاكراه و ان كانت محكومة له من حيث عمومها لحال الاكراه.

و من هذه الجهة تعرف أنّه لا يلزم ممّا ذكرنا استعمال لفظ الاكراه في

معنيين، اذ لم يستعمل الاّ في معنى واحد، و هو الحمل على المكروه فراراً عمّا هو مكروه، غاية الامر أنّ الكراهة بملاحظة نظر المكلّف، حيث لا يكون نظر للشارع، و بنظر الشارع حيث يكون له نظر، فليس فيما ذكرنا الاّ اختلاف الموارد من حيث كون التطبيق في بعضها بنظر و في بعضها الآخر بنظر آخر.

بل هناك قسم ثالث لا تكون فيه الكراهة المأخوذة في موضوع الاكراه بلحاظ الاقتضاء الشرعي و لا بلحاظ الدواعي النفسانية، و ذلك كما في اكراه الولي على بيع مال الصبي، فانّ الاكراه الرافع للصحة فيه انّما هو بلحاظ مصلحة الصبي، فاذاكانت مصلحة الصبي في ترك البيع فاكره عليه كان باطلاً، و لو لم يكن مكروهاً بلحاظ دواعي الولي النفسانية، و لا بلحاظ مناط الحكم الشرفي الاقتضائي، و ان كان البيع مصلحة للطفل كان صحيحاً، و ان كان مكروهاً للولي بلحاظ دواعيه النفسانية، فاذاً الكراهة الّتي هي شرط صدق الاكراه يختلف النظر في تطبيقها باختلاف المقامات الثلاث.

و من ذلك تعرف الاشكال في كلمات شيخنا الاعظم رحمه الله في الفرق بين الكراه المسوّغ للمحرّمات، و الاكراه الرافع للحكم الوضعي، فلاحظ.

٢ ـ الاكراه على ايجاد جامع بين فردين أو أفراد

اذا اكره على ايجاد جامع بين فردين أو أفراد، فامّا أن يكون الاثر الشرعي ثابتاً لذلك الجامع، و امّا أن يكون ثابتاً لبعض أنواعه دون بعض، ففي الاوّل لو فعل فرداً من أفراد ذلك الجامع كان ذلك الفرد مكرهاً عليه بلحاظ الجامع، و حينئذ لا يترتّب أثر الجامع عليه، و في الثاني لو فعل الفرد الّذي له الاثر لم يرتفع ذلك الاثر، لانّ موضوع الاثر و هو النوع

لم يكن مكرهاً عليه ، و الجامع المكره عليه لا أثر له .

فان قلت : لمّا امتنع وجود الجامع بنفسه ، بل لا بدّ أن يوجد مع الخصوصية ، فالحمل على الجامع حمل على الخصوصية ، فتكون الخصوصية موضوعاً للاكراه ، فيرتفع أثرها بحديث رفع الاكراه .

قلت : الخصوصيّة لمّا لم تكن موضوعاً للاكراه و لا مقدّمة لما هو موضوعه ، امتنع أن تكون موضوعاً للاكراه النفسي و الغيري ، و مجرّد الملازمة بين وجود الجامع و وجودها لا يقتضي أن تكون موضوعاً للاكراه ، لانّ التلازم بين الشيئين لا يستدعي التلازم بينهما في الحكم ، كما هو محرّر في محلّه ، فلو أكرهه على طلاق زوجته ليتزوّجها فطلّقها بطل الطلاق ، و لو أكرهه على طلاقها و لو فاسداً فطلّقها صحيحاً صحّ الطلاق ، لما عرفت من عدم كونه مكرهاً على ما هو موضوع الاثر ، فلا موجب لارتفاع أثره .

و الاكراه على الجامع بين موضوع الاثر و غيره ليس اكراهاً على الفرد الاّ بلحاظ الجامع ، و المفروض أنّه لا أثر له .

و مثله ما لو كان أثر الجامع بالنسبة الى بعض الافراد لا يرتفع بحديث الرفع ،كما لو أكرهه على طلاق زوجته زينب أو هند مع كون طلاق هند واجباً عليه بحق لعجزه عن نفقتها ، ففي الفرض لو طلّق زينب كان صحيحاً لعين ما ذكر ، و مثله ما لو أكرهه على بيع داره أو ايفاء دينه .

و لا فرق من هذه الجهة بين موضوعات الاحكام الوضعية و التكليفية ، فلو أكرهه على شرب الخمر فشرب اناء منه كان مباحاً ، و لو أكرهه على شرب مايع خلاً كان أو خمراً فشرب الخمر كان حراماً لما عرفت .

٣ ـ الاكراه على ايجاد أحد الامرين أو الامور

هذا كلّه لو كان الاكراه على الجامع ، أمّا لو أكرهه على ايجاد أحد أمرين أو أمور تخييراً ، فقال له : طلّق زينب أو هند ، أو بع دارك أو فرسك ، فان قلنا بأنّ الوجوب التخييري راجع الى الامر بالجامع تعييناً ، فحكم الاقسام ما سبق ، و ان قلنا بأنّه نوع آخر من الوجوب متعلّق بنفس الابدال التخييرية على نحو خاص ، بحيث يقتضي وجود كلّ واحد منها في ظرف عدم الآخر كما هو التحقيق ، كان الاكراه متعلّقاً بكلّ منها على نحو خاص ، فكلّ واحد وقع في حال عدم الآخر كان مكرهاً عليه ، كما كان مأموراً به .

و حينئذ لو كان كلّ منهما موضوعاً لاثر شرعي ارتفع أثره ، كما لو اكره على طلاق احدى زوجتيه فقال له : طلّق زينب أو هند ، فأيّهما اختار طلاقها كان باطلاً ، و كذا لو أمره بشرب الاناء الاصفر من الخمر أو الاحمر ، فأيّهما اختار شربه كان مباحاً .

و لو كان الاثر لاحدهما دون الآخر فاختار ما له الاثر بطل لصدق الاكراه ، و امكان التفصّي بما لا أثر له لا يقدح في صدقه بالاضافة الى ما له الاثر ، بعد ما كان كلّ منهما مكروهاً و قد حمل عليه تخييراً ، و نحوه ما لو قال له : بع دارك أو أدّ دينك .

نعم اذا كان أحدهما موضوعاً للحكم التكليفي دون الآخر ، كما لو أكرهه على شرب الخمر أو شرب الماء مع كراهته لشرب الماء لم يصدق الاكراه بالنسبة الى شرب الخمر لو اختاره ، لما عرفت من أنّ الكراهة في موضوع الحكم التكليفي انّما تكون بملاحظة الحكم ، و شرب الماء ليس مكروهاً بهذا اللحاظ ، فلا يكون مكروهاً بدلاً لشرب الخمر حتّى يكون مكرهاً عليه و لو تخييرا .

۴ ـ اكراه أحد الشخصين على فعل واحد

لو اكره شخصين على نحو الوجوب الكفائي ، فأيّهما أقدم في ظرف عدم اقدام الآخر كان مكرهاً فيجري عليه حكم المكره ، اذ قد تحقّق في محلّه أنّ المخاطبين بالوجوب الكفائي بمنزلة أفراد الواجب التخييري ، فكما أنّ كلّ واحد يجب في ظرف عدم الآخر كذلك كلّ واحد من المخاطبين بالوجوب الكفائي يجب عليه الفعل في ظرف عدم فعل الآخر ، و كذلك الحال في الاكراه على نحو الكفاية ، فانّه ايضاً يقتضي اكراه كلّ منهما في ظرف عدم فعل الآخر .

فلو علم أحدهما اقدام صاحبه على الفعل المكره عليه على كلّ حال لم يكن العالم مكرهاً ، فلو فعل ما اكره عليه كان بطيب نفسه ، لارتفاع شرط الاكراه ، و هو الخوف من الضرر المتوعّد به ، لحصول الامن منه بفعل الآخر ، فلو اكره كلاً من زيد و عمرو على طلاق زوجته ، فطلّق أحدهما مع علمه باقدام الآخر على الطلاق كان طلاق العالم صحيحاً لعدم الاكراه ، و كذا لو اكره كلاً منهما على شرب الخمر على نحو الوجوب الكفائي ، فشرب أحدهما مع علمه باقدام الاخر على الشرب كان آثماً .

فان قلت : اذا قام أحد المكلّفين بالواجب الكفائي كان مؤدّياً للواجب ، و ان علم بقيام غيره لو لم يقم هو ، فما الفرق بين الاكراه الكفائي و الوجوب الكفائي .

قلت : انّه يكفي في امتثال الوجوب الكفائي قصد الثواب و لو مع الامن من العقاب ، و لا يكفي ذلك في الاكراه المكفائى ، لما عرفت آنفاً من أنّه لا بدّ أن يكون انبعاث المكره بداعي الفرار عن الضرر المتوعّد به ، و قد

عرفت أنّه في الفرض المذكور لا ضرر في ترك المكره عليه، فيكون المقام من باب امكان التفصي، بل تحقّقه المانع من صدق الاكراه ضرورة.

نعم لو اكره كلاً من الوليّين على بيع مال صبيّ بعينه على نحو الكفاية، فانّه لو باع أحدهما كان مكرهاً، و ان علم باقدام غيره عليه لو لم يبع، لانّ الطيب المعتبر في المقام ما كان بلحاظ مصلحة الصبي لا بلحاظ مصلحة نفسه، فاذا لم يكن مصلحة للصبي كان مكروها، و اقدام الغير عليه ليس تخلّصاً عن المكروه بل وقوع فيه، فـفعل الولي الثـاني لا يكـون سـبباً للتّخلص، فلا يكون العلم به مجدياً في رفع الاكراه.

و لا يجري ذلك فيما لو اكره شخصين على شرب اناء من الخمر معين على نحو الكفاية، لانّ الحرمة قائمة بـحيثية الصـدور و هـي مـتعددة، فيمكن لذلك التخلص بفعل الغير بخلاف المقام، فـانّ الكـراهـة قـائمة بالبيع بمعنى اسم المصدر، و هي حيثية واحدة لا يمكن فيها التخلص، فلاحظ.

٥ ـ تعلق الاكراد بالمالك دون العاقد أو بالعاقد دون المالك

الاكراه تارة يتعلّق بالمالك و السلطان، و اخرى يتعلّق بغيره، فان تعلّق بالاوّل فتارة يكون المكره عليه العقد، و اخرى يكون التوكيل في العقد، فالاوّل كأن يقول له: بع فرسك، و الثاني كأن يـقول له: وكّـل فـي بـيع فرسك، و حكم الاوّل ظاهر، و أمّا الثاني فحكمه لو وكّل في بيع فرسه بطلان الوكالة، لعموم نفي الاكراه، فيكون بيع الفرس الّذي وكّل فيه كما لو صدر بلا توكيل يجري عليه حكم الفضولي.

و الثالث تارة يكون الاكراه فيه من المالك، و اخـرى مـن الاجـنبي، فالثاني كأن يقول له: بع فرس زيد، و الاوّل كأن يقول له: بـع فـرسي،

و الظاهر صحّة البيع لعموم أدلّة الصحة و قصور أدلّة نفي الاكراه عن شمول المقام، أمّا الاجماع فلانتفائه، و أمّا نصوص طلاق المكره فلخروج المورد عنها، و أمّا حديث رفع الاكراه فلظهوره بقرينة وروده مورد الامتنان في اكراه المالك أو السلطان، فلا عموم له يشمل المقام.

و من ذلك يظهر أنّ الوجه توقّف صحّة البيع في الثاني على الاجازة من المالك لكونه فضولياً، فان أجاز صحّ، و ان كان المتولّي للعقد مكرهاً عليه لعدم الدليل على القدح في مثله.

ثمّ انّه ان احرز تحقّق انشاء الامر المكره عليه من المكره فلا اشكال، أمّا لو شكّ فيه للشك في تحقق القصد الى ايجاده فلا يبعد بناء العقلاء على ثبوته كما في غير المكره اذا علم أنّه في مقام ايقاعه، نعم لو شكّ في أنّه في ذلك المقام أو في مقام التخلص عن الاكراه و لو بنحو التورية فلا أصل يقتضي كونه قاصداً للانشاء.

۶ ـ اختلاف متعلق العقد الصادر من المكره مع ما تعلّق به الاكراه

لو اكره على بيع عبد غير معيّن من عبدين، فهنا صورتان:

الف ـ أن يبيعهما تدريجاً، فيكون الاوّل باطلاً، لأنّه مكره عليه لاجتماع شروط الاكراه فيه، من كونه مكروهاً صدر عن أمر المكرِه بداعي الفرار من الضرر، و الثاني صحيحاً و ان كان مكروهاً، لعدم صدوره عن أمر المكره لسقوطه بفعل الاوّل فلا يدعو الى غيره، و مجرّد دخل الاكراه في وقوعه غير كاف في صدق كونه مكرهاً عليه كما عرفت مراراً.

و من ذلك تعرف أنّه ليس للمكره أن يجعل الثاني المكره عليه دون الاوّل، اذ الاكراه اذا كان يسقط بالاوّل فكيف يمكن أن يكون باعثاً على

الثاني ، و الاوّل اذا كان مكروهاً قد حمل عليه الاكراه فكيف لا يكون مكرهاً عليه .

و من ذلك ايضاً تعرف أنّه لا معنى للرجوع الى المكره في تعيين المكره عليه ، اذ انطباق الاكراه على الاوّل دون الثاني واقعي ذاتي لا أنّه باختياره ، فلاحظ .

ب ـ أن يبيعهما دفعة ، فان كان كارهاً لبيع كلّ منهما لو لا الاكراه كما هو مفروض المسألة ، فلا بدّ أن يكون بيع مجموعهما ناشئاً عن غرض آخر زائد على الاكراه ، مثل سهولة بيع مجموعهما بالاضافة الى بيع أحدهما منفرداً ، أو لأنّه يشقّ عليه التفرقة بينهما لكونهما والداً و ولداً ، أو لعدم وجود من يشتري أحدهما منفرداً أو نحو ذلك ، فحينئذ يكون بيع كلّ منهما مكروهاً قد حمل عليه أمر المكره ، لكن لمّا عرفت أنّ الشرط في تحقّق الاكراه ترتّب الضرر على ترك المكره عليه .

و هذا المعنى لا ينطبق على كلّ منهما في عرض انطباقه على الآخر بل ينطبق على كلّ على البدل ، فيكون أحدهما مكرهاً عليه دون الآخر ، و لاجل أنّ انطباقه على واحد بعينه بلا مرجّح تعيّن البناء على بطلانهما معاً .

و من ذلك تعرف ضعف احتمال صحّة الجميع لأنّه خلاف المكره عليه ، و لانّ الظاهر أنّه لم يقع شيء منهما عن اكراه ، اذ الاوّل ممنوع الّا اذا كان الاكراه على بيع أحدهما بشرط لا ، و هو خلاف المفروض كالثانى ، لما عرفت من تحقّق الكراهة لبيع كلّ منهما ، و أنّ وقوعهما كان عن أمر المكره و لولاه لم يكن ، غاية الامر أنّه لم يتعلّق الاكراه بهما معاً بل بأحدهما لا بشرط الحاصل في ضمنهما .

و لو أكرهه على بيع عبد معيّن فباعهما معاً دفعة أو تدريجاً فلا ينبغي

التأمّل في صحّة بيع ما لم يُكره على بيعه لوجود المقتضي و عدم المانع لانتفاء الاكراه بالنسبة اليه، و ان كان لولا الاكراه على بيع المعين لما باعه، لكن هذا المقدار لايكفي في صدق الاكراه، اذ لم تتعلّق به ارادة المكره و لم يتخوّف من الضرر المتوعّد به على تقدير تركه.

كما لا ينبغي التأمّل في بطلان بيع ما اكره على بيعه لصدق الاكراه بالنسبة اليه لاجتماع شرائطه كما لعلّه ظاهر.

و لو اكرهه على بيع معيّن فباع نصفه فان كان الاكراه شاملاً لبيع كلّ نصف و لو تدريجاً بطل بيع النصف للاكراه، سواء أكان المكره بالفتح ناوياً بيع النصف الثاني بعد ذلك أم لا، بأن كان يحتمل اقتناع المكره بالكسر ببيع ذلك النصف وحده، لعدم الفرق في صدق الاكراه على بيع النصف المذكور.

و ان لم يكن الاكراه شاملاً لبيع النصف وحده لاختصاصه ببيع مجموع النصفين دفعة، صحّ بيع النصف لعدم كونه مكرهاً عليه، و ان كان الحامل له عليه الاكراه بمعنى أنّه لولاه لما وقع، لعدم كفاية ذلك في صدقه كما عرفت، فالمقام نظير ما لو اكره على بيع عبده فباع فرسه لاحتمال عدول المكره عن اكراهه على بيع العبد، فانّ ذلك لا يستوجب صدق الاكراه على بيع الفرس ضرورة.

بحث في طلاق المكره اذا نواه

قال في التحرير: «لو أكرهه على الطلاق فطلّق ناوياً فالاقرب وقوع الطلاق».

و الظاهر أنّ مراده صورة امكان التفصّي بمجرّد التلفظ دون قصد وقوعه، و حينئذ يكون الوجه في الصحة أن امكان التفصّي بمثل ذلك

يقدح في صدق الاكراه الّذي هو موضوع أدلّة الفساد .

كما أنّ الوجه في الفساد ما عرفت من احتمال كونه قادحاً في صدق الاكراه فلا تشمله الادلّة ، أو أنّ نفس الطلاق و ان لم يكن اكراهيّاً الاّ أنّ اللفظ صادر عن اكراه ، و مقتضى حديث نفي الاكراه نفي سببيّته ، و الاخير ظاهر المسالك في توجيه عدم الصحّة .

و كلا الوجهين ضعيف ، أمّا الاوّل فلما عرفت .

و أمّا الثاني فلانّ نيّة الطلاق بعد ما اقتضت الرضى و طيب النفس به و عدم صدوره عن اكراه لعدم كونه مكروهاً اقتضت الرضى و طيب النفس بنفس اللفظ ايضاً ، لانّ ارادة الشيء تقتضي ارادة مقدّمته ، فلا فرق بين الطلاق و بين اللفظ في عدم انطباق الاكراه عليهما جميعاً ، مع أنّه لو سلّم كون التلفظ مكرهاً عليه فلا امتناع في رفع سببيّته ، فكيف يصحّ اجراء الحديث لرفعها .

هذا ، و ينبغي التعرّض لصور وقوع الطلاق بعد الاكراه ، و بيان أحكامها ، فنقول :

الف ـ أن يكون الطلاق مبغوضاً و مكروهاً محضاً لولا الاكراه ، فيكون لاجله محبوباً ، من باب ترجيح أقلّ الضررين منه و من الضرر المتوعّد به ، و لا اشكال في بطلان الطلاق حينئذ .

ب ـ أن يكون محبوباً لولا الاكراه ، فيتعلّق به الاكراه و يتأكّد لاجله الداعي الى ايقاعه ، و لا ينبغي التأمّل في صحة الطلاق حينئذ لاختصاص أدلّة نفي الاكراه بما كان مكروهاً فلا تشمل ما كان محبوباً ، من دون فرق بين أن يكون صالحاً للسببية المستقلة في الحمل على الطلاق المكروه ، لانّ الضرر المتوعّد به ممّا يتعيّن في نظر المكره بالفتح الفرار عنه بفعل الطلاق على كلّ حال ، و بين أن لا يكون كذلك بحيث لو

لم يكن الطلاق محبوباً لما كان الاكراه باعثاً اليه و لا حاملاً عليه .

ج ـ أن يكون الاكراه بعض السبب المؤثّر ، بأن يكون في الطلاق بعض الجهات الموجبة لمحبوبيّته بضميمة الاكراه ، بحيث لولا تلك الجهات لم يؤثّر الاكراه في وقوعه ، و لم يكن حاملاً عليه و لا باعثاً اليه ، كما أنّه لولا الاكراه لم تؤثّر تلك الجهات في محبوبيّته لمزاحمتها بما يوجب مبغوضيّته ، و الظاهر بطلان الطلاق حينئذ لصدق الاكراه ، فيشمله اطلاق الحديث الشريف .

ثمّ انّ الضرر الّذي يتخوّف عند عدم فعل المكره عليه تارة يكون وارداً على المكره نفسه ، و اخرى على غيره ، و لا اشكال في تحقّق الاكراه في الاوّل ، و كذا في الثاني اذا كان الغير ممّا يهمّ أمره المكره كزوجته و ولده و خادمه و نحوهم ممّن يتعلّق به .

أمّا اذا كان نفس المكره بالكسر ، كما لو قال له ولده : طلّق زوجتك و الاّ قتلت نفسي ، ففي صدق الاكراه اشكال ، لاحتمال اعتبار اعمال المولويّة من جانب المكره بالكسر في مفهوم الاكراه عرفاً و هو غير حاصل في الفرض .

هذا ، و لا فرق في الضرر بين أن يكون دنيويّاً ، كما لو قال له : طلّق زوجتك و الاّ أخذت مالك أو مال ولدك و نحوه ، و أن يكون دينيّاً ، كما لو قال له : طلّق زوجتك و الاّ منعتك من الصلاة أو منعت ولدك و نحوه .

نعم اذا كان الفرار من الضرر الديني لا يحصل الاّ بالطلاق الصحيح ، كما لو قال له : طلّق زوجتك لاتزوّجها و الاّ زنيت بها ، امتنع تطبيق أدلّة نفي الاكراه ، اذ يلزم من تطبيقها الوقوع في الضرر ، لانّ تطبيقها موجب لعدم صحّة الطلاق فيكون التزويج بها باطلاً و هو مكروه للمكره ، و من هنا يشكل صدق الاكراه ، لانّ المفروض كون المكره بالفتح كارهاً للزنا

فيكون خلافه محبوباً له ، و هو متوقّف على الطلاق الصحيح ، فيكون الطلاق الصحيح محبوباً له غيريّاً .

مضافاً الى الاشكال في صدق الاكراه مع كون الضرر المتخوّف وارداً على المكره بالكسر كما عرفت .

بحث في الرضاء اللاحق بالعقد الاكراهي

المنسوب الى مشهور المتأخرين ، بل عن غير واحد حكاية الاتّفاق عليه ، أنّه لو رضي المكره بما اكره عليه صحّ .

و في مجمع البرهان استظهر البطلان لعدم حصول القصد ، بل و عدم صدور العقد عن تراض على هو ما هو ظاهر الآية ، و لأنّه لا اعتبار بذلك الايجاب في نظر الشارع فهو بمنزلة العدم ، ثم قال : « و بالجملة لا اجماع فيه و لا نصّ و الاصل و الاستصحاب ، و عدم الاكل بالباطل الاّ أن تكون تجارة عن تراض ، و ما مرّ يدلّ على عدم الانعقاد الاّ أنّ المشهور الصحّة و ما نعرف لهم دليلاً » .

و في الكفاية بعد نسبة الصحة الى الاصحاب قال : «استناداً الى تعليلات اعتبارية من غير نص ـ انتهى ».

و في الجواهر : «ان لم تكن المسألة اجماعية فللنظر فيها مجال ، كما اعترف به في جامع المقاصد ، ضرورة عدم اندراجه في العقود بعد فرض فقدان قصد العقدية ، و أنّ صدور اللفظ كصدوره من الهازل و المجنون و نحوهما ».

أقول : قد عرفت الاشكال في دعوى انتفاء القصد في عقد المكره ، وكذا في دعوى انتفاء الرضى و طيب النفس ، و أمّا دعوى صدق الاكل بالباطل فاشكالها أظهر ، اذ لو سلّم صدق الباطل بمجرّد الاكراه مع وجود

العوض فلا نسلّم صدقه بعد ارتفاع الاكراه .

و قد عرفت أنّ العمدة في اثبات قـدح الاكـراه الاجـماع و حـديث الرفع ، و دلالتهما على قادحيته مختصّة بحال وجود الكراهة لولا الاكراه ، فاذا زالت الكراهة المذكورة و تبدّلت بالرضى لولا الاكراه فلا يـصلحان لاثبات البطلان و انتفاء الاثر ، أمّا الاجماع فظاهر لشهرة القول بالصحة حينئذ ، و أمّا حديث الرفع فلانّ اجراءه حينئذ خلاف الامتنان في حقّ المكره .

فالمرجع حينئذ امّا عموم النفوذ أو استصحاب الحكم السابق الّذي هو من قبيل استصحاب حكم المخصّص ، و حيث انّ التحقيق الرجـوع الى عموم العام في مثل المقام ، حيث يدور الامر بينه و بين الرجوع الى استصحاب حكم المخصص ، يتعيّن البناء على صحة العقد و نفوذه ، كما أنّه لو بني على الرجوع الى استصحاب حكم المخصّص يتعيّن البناء على البطلان ، فلاحظ .

بحث في أن الرضاء المتأخر كاشف أو ناقل

لو قيل بالصحّة مع لحوق الرضا ، فهل يكون الرضا كاشفاً أو نـاقلاً ، مقتضى العمومات كما يأتي ان شاء اللّه في مبحث الفضولي الاوّل ، على معنى أنّه بعد الرضى يـحكم بـثبوت المـضمون مـن حـين العـقد ، فـانّ المجعول بالعقد هو المضمون حاله ، فاذا حكم الشارع بنفوذه بعد الرضا كان مقتضاه ثبوته كذلك على حسب جعل المتعاقدين .

و قياس المقام بالقبض في الصرف و السلم و الهبة غير ظاهر ، لامكان التفكيك بينهما من أجل ظهور أدلّة القبض في عدم حصول المضمون قبله أصلاً حتّى بنحو الكشف .

و مثله القياس بانقضاء زمان الخيار على مذهب الشيخ رحمه الله بخلاف المقام الّذي عرفت أنّ ظاهر أدلّة نفوذ العقد بعد الرضا نفوذه بمضمونه.

و دعوى أنّ مضمون العقد مجرّد النقل أو الملك مثلاً، من دون ملاحظة زمان العقد أو غيره، مدفوعة بأنّ لازم ذلك أن لا يتعيّن عند الاطلاق في الحال لأنه بلا معين، كما لا وجه لتعيينه في المؤجل فيبقى على الابهام.

و لاجل ذلك افترق المقام عن مقام الطلب مثل: قم، و اقعد، فانّ كون المادة مطلقة غير مقيّدة بالفور أو التراخي لا يوجب انتهاء الامر الى الايهام، لانّ الفرد المأتي به خارجاً لمّا كان ينطبق عليه الماهية المطلقة قهراً كان ذلك الانطباق سبباً للتعيّن بخلاف المقام، لعدم ما يوجب التعيين، و مقدّمات الحكمة انّما تجدي في التعيين في مقام الاثبات لا في مقام الثبوت كما هو ظاهر.

و أمّا قياس المقام بالفسخ الّذي هو حلّ العقد من حينه لا من حين العقد، ففيه انّ مفهوم فسخ العقد و ان كان عبارة عن حلّه و نقضه، و مقتضاه حلّه من أصله بارتفاع أثره من أصله، لا قطع امتداده و رفع استمراره، الاّ أن المرتكز عند العرف أنّه رافع لاستمرار الاثر، فتكون نسبة الفسخ الى العقد مبنيّة على المسامحة و العناية، اذ الاستمرار لا يستند الى العقد، و انّما يستند الى استعداد الذات.

فانّ عقد التزويج انّما يوجب حدوث الزوجية و عقد الهبة انّما يوجب حدوث الملكية و هكذا، و الاستمرار و البقاء للزوجية و الملكية و غيرهما انّما يستند الى استعداد الذات لا الى العقد حدوثاً، اذ ليس حدوثه الاّ موجباً لثبوت مضمونه، و هو صرف الوجود للاثر بلا ملاحظة الاستمرار و لا له بقاء، لانّ العقد ممّا يتصرم فلا بقاء له ليترتّب عليه الاثر.

نعم لمّا كان حدوث الاثر مستنداً الى العقد فكأنّ العقد باق مادام الاثر موجوداً ، فرافع الاثر كأنّه رافع للعقد ، أو لانّ مثل هذه الاعتباريّات انّما يعتبر بقاؤها بلحاظ السبب الموجب للحدوث ، فما لم يطرأ عليه الرافع تكون باقية ، فاذا طرأ عليه ارتفعت ، و لا ينافى ذلك أنّ بقاءها ناشيء من استعدادها للبقاء ، لجواز أن يكون عدم طروء الرافع للسبب من قبيل الشرط في البقاء و الاستمرار .

و مثل هذا في الاشكال النقض بالقبول و بالقبض في الصرف والسلم و الهبة ، حيث بني فيها على النقل لا الكشف ، اذ فيه انّ القبول لمّا كان من أركان العقد في العناوين العقدية كان مقصود المتعاقدين الانشاء بعده ، و أنّ العمدة في البناء على النقل في القبض الادلّة الخاصة الدالّة على اعتباره ، فلاحظ .

هذا ، و سيأتي ان شاء اللّه تعالى في مبحث الفضولي ما له نفع في المقام .

فرع يتعلق بالاكراه

لو منع السطان الجائر بيع السلعة بأكثر من درهم فباعها المالك بدرهم خوفاً منه كان البيع صحيحاً لعدم كونه مكرهاً على ذلك ، و انّما المكره عليه ترك البيع بأزيد من درهم الملازم للبيع بالدرهم أو لترك البيع رأساً .

و كذا لو منع الظالم من العبور في غير سفينة زيد فاضطرّ العابر الى الاستئجار من زيد ، فانّه و ان كان مكروهاً لكن الوقوع فيه ليس بدعوة من الظالم ، كما تقدم نظير ذلك في ذيل التنبيه الثالث .

٤ ـ اعتبار اذن المولى لو كان العاقد عبداً

من جملة شروط المتعاقدين اذن السيد اذا كان العاقد عبداً ، فلا ينفذ تصرّفه في نفسه أو ماله أو مال غيره الاّ باذن سيّده ، كما لعلّه المشهور المعروف.

ما استدلّ به على بطلان تصرفات العبد بدون اذن المولى

و العمدة فيه صحيح زرارة عن أبي جعفر عليه‌السلام و ابي عبد الله عليه‌السلام قالا : « المملوك لا يجوز طلاقه و لا نكاحه الاّ باذن سيّده ، قلت : فان كان السيّد زوّجه بيد من الطلاق ؟ قال عليه‌السلام : بيد السيد ، ضرب اللّه مثلاً عبداً مملوكاً لا يقدر على شيء ، فشيء الطلاق » [١] .

و ظاهر القدرة الاستقلال ، فنفيها انّما يقتضي نفي استقلال العبد في التصرف ، فلا يترتّب عليه الاثر المقصود منه بمجرد ايقاعه ، أمّا مع اذن المولى فلا اشكال في نفوذه و يقتضيه صريح الاستثناء في الصحيح المتقدم ، مضافاً الى عموم الصحة ، لما عرفت من قصور نفي القدرة عن تخصيصه في حال الاذن ، و لاجل ذلك يتعيّن ايضاً البناء على الصحة مع الاجازة اللاحقة .

مضافاً الى ما ورد في صحة نكاح العبد اذا أجاز المولى من تعليل الصحة بقوله عليه‌السلام : «انه لم يعص اللّه و انّما عصى سيده ، فاذا أجازه فهو

---

١ ـ الفقيه ٣: ٣٥٠، التهذيب ٧: ٣٤٧، الاستبصار ٣: ٢١٤، عنهم الوسائل ٢٢: ١٠٢.

له جائز » [١] ، الظاهر في أنّ الاجازة اللاحقة كافية في نفوذ تصرف العبد و لا يعتبر الاذن السابقة ، بل لعلّ ذلك كاشف عن أنّ الاذن في الاستثناء في الصحيح أعمّ من اللاحقة .

اللّهم الاّ أن يقال : الاذن انّما تتعلّق باللاحق فلا تعمّ اللاحقة ، فالجمع بين الصحيح و بين ما دلّ على صحة النكاح بالاجازة لابدّ أن يكون بالتخصيص فانّه الجمع العرفي ، لا بحمل الاذن على معنى الرضى الّذي يتعلّق بالسابق و اللاحق .

هذا ، و ربّما يقتصر في الاستدلال على عدم نفوذ عقد العبد بدون اذن المولى على الآية الشريفة نفسها ، لكن قصورها عن ذلك ظاهر لظهورها في مجرد التمثيل و لو بالفرض و التقدير ، و لا سيّما بملاحظة ما بعدها من قوله تعالى : « وَ ضَرَبَ اللّٰهُ مَثَلاً رَجُلَيْنِ أَحَدُهُمٰا أَبْكَمُ لاٰ يَقْدِرُ عَلىٰ شَيْءٍ وَ هُوَ كَلٌّ عَلىٰ مَوْلاٰهُ أَيْنَمٰا يُوَجِّهْهُ لاٰ يَأْتِ بِخَيْرٍ » [٢] ، فلا دلالة فيها على حكم تشريعي .

---

١ ـ عن زرارة ، عن أبي جعفر عليه السلام قال : سألته عن رجل تزوج عبده بغير اذنه فدخل بها ثم اطلع على ذلك مولاه ، فقال : ذلك الى مولاه ان شاء فرّق بينهما و ان شاء أجاز نكاحهما ، فان فرّق بينهما فللمرأة ما أصدقها الا أن يكون اعتدي فاصدقها صداقا كثيراً ، فان اجاز نكاحه فهما علي نكاحهما الاول ، فقلت لابي جعفر عليه السلام : فانه في اصل النكاح كان عاصيا ، فقال أبوجعفر عليه السلام : انما أتى شيئا حلالا و ليس بعاص لله و انما عصى سيده ، و لم يعص الله ان ذلك ليس كاتيانه ما حرّم الله تعالى عليه من نكاح في عدة و اشباهه (الكافي ٥:٤٧٨) .

و عنه ، عن أبي جعفر عليه السلام قال : سألته عن مملوك تزوّج بغير اذن سيده ، فقال : ذاك الى سيده ان شاء أجازه و ان شاء فرّق بينهما ، قلت : أصلحك الله ان الحكم بن عتيبة و ابراهيم النخعي و أصحابهما يقولون : ان اصل النكاح فاسد و لا تحل له اجازة السيد له ، فقال أبوجعفر عليه السلام : انه لم يعص الله انما عصى سيده ، فاذا أجازه فهو له جائز (الكافي ٥:٤٧٨) .

٢ ـ النحل : ٧٦.

هل يفرق بين تصرف العبد فيما يرجع الى مولاه أو لا يرجع اليه ؟

كما أنّه ربما يخدش في عموم الصحيح لتصرف العبد فيما لا يرجع الى المولى ، كما لو عقد لغيره باذن من المعقود له ، بأن الظاهر من الآية الشريفة أنّ ذكر المملوكية تمهيد لعدم القدرة فيختص بنفي القدرة على المملوك للمولى ، و لا سيّما و كون مورده التزويج و الطلاق المتعلقين به .

و فيه انّ المملوكية كما تناسب ذلك تناسب نفي القدرة مطلقاً ، بل هي في ذلك أنسب ، و لا سيّما بملاحظة اطلاق الشيء و عدم تقييده بما يتعلق بالعبد .

و مثله في الاشكال ما يظهر من الجواهر في هذا المقام حاكياً له عن شيخه في شرح القواعد ، من القول بالصحة في تصرف العبد لغيره و ان لم يأذن له المولى ، بل مع نهيه له ، لانّ مجرّد الاثم في ايقاع العقد للغير لانه تصرّف في مال المولى لا يوجب البطلان لعدم المقتضى لذلك ، و الاّ لم تنفع الاجازة لأنّها لا توجب انقلاب الفعل الواقع عمّا هو عليه ، مع أنّ النصوص الواردة في تزويج العبد دالّة على الصحة بالاجازة ، فلا بدّ أن يكون الوجه في بطلان نكاحه لنفسه بدون اذن المولى كونه تصرّفاً في ملك المولى ، فيكون من قبيل الفضولي الّذي يلحقه الاجازة لا كونه ايقاعاً من غير اذنه .

و فيه انّ صريح تلك النصوص توقّف نفوذ تصرفّه على اجازة الولي ، و أمّا كون ذلك لكونه تصرّف في ملك المولى فلا طريق الى تعيينه لاحتمال كون ذلك حكماً تعبّدياً للعاقد اذا كان مملوكاً لا من جهة انقلاب عقده من الاثم الى خلافه.

فان قلت : غاية ما يقتضي الصحيح كما تقدم نفي استقلال العبد في

التصرف ، فاذا كان تصرفّه متعلّقاً بمال الغير فلا اشكال في عـدم نـفوذه بدون رضى المالك ، و هذا المقدار كاف في نفي استقلال العبد ، و حينئذ فاذا أجاز المالك كان مقتضى العمومات النفوذ على ما يأتي في مبحث الفضولي ، و لا يـقتضي الصـحيح تـخصيص تـلك العـمومات ، اذ هـي لا تقتضي استقلال العبد في التصرف كي ينافيها الصحيح .

قلت : الظاهر من عدم قدرة العبد المدلول عليه في الصحيح عـدمها بالاضافة الى المولى لا مطلقاً ، و هذا المعنى ينافي صحّة عـقده بـدون رضى المولى و لو منوطاً برضى غيره ، كيف و هذا المعنى من عدم القدرة لا يختصّ بالمملوك بل يطّرد في الحر ايضاً .

٥ ـ اعتبار كونهما مالكين أو مأذونين من المالك

من جملة شرائط العاقد أن يكون سلطاناً على العقد لكـونه مـالكاً أو وكيلاً أو وليّاً ، فلا يصحّ عقد الفضولي و لا يترتّب مضمونه عليه بدون اجازة السلطان اجماعاً ، أمّا مع الاجازة ففي صحته خلاف .

١ ـ صحة الايقاعات الفضوليّة

و أمّا ايقاع الفضولي فالمحكي عن غاية المرام الاتفاق على بطلانه و لو مع الاجازة ، لكن الاعتماد على مثل هذه الحكاية لا تخلو من نظر ، لظهور بناء الاصحاب على خلافها في جملة من الموارد ، كالوصية بما زاد على الثلث ، بناء على الظاهر من كونها ايقاعاً ، كما ذهب اليه بعضهم ، مع اتفاق النص و الفتوى على صحّتها مع الاجازة .

و في عتق الراهن العين المرهونة بدون اذن المرتهن ، فـانّ المـعروف

بينهم الصحة مع الاجازة ، بل لعلّه لا خلاف فيه بناء علي صحة الفضولي ، لاحتمال كون البطلان المحكي عن بعض مبنيّاً على القول منه ببطلان الفضولي ، أو على كون المراد البطلان بدون الاجازة .

و فى عتق المرتهن بدون اذن الراهن ، فانّ المحكي المصرّح به في كلام جماعة و المحكي عن آخرين و ان كان البطلان مع الاجازة ، بل في الروضة : «انّه باطل قطعاً » ، لكن علّله بالحديث المشهور : «لا عتق الاّ في ملك» ، و فى محكي الايضاح : «اتّفق الكلّ على اضمار الصحة في قوله عليه السلام : لا عتق الاّ في ملك» ، و فى مفتاح الكرامة : «ان كان هناك اجماع فلا كلام ، و الاّ فالفضولي جار في مثله اذا اعتقه المرتهن عن الراهن ـ انتهى» .

و في مسألة تصرف المفلس في ماله بالبيع و الهبة و الرهن احتمل في القواعد البطلان من رأس و الايقاف على الاجازة ، و عن التذكرة نفي البأس عن الايقاف ، و عن جامع المقاصد : «فيه قوة» ، و عن المسالك : «لعله أقوى» ، و في مفتاح الكرامة : «انّه لا يقصر عن التصرف في مال الغير فيكون كالفضولي ـ انتهى» .

و هذه الكلمات كما ترى ظاهرة في عدم ثبوت الكلية المذكورة ، و الاّ لاعتمدوا عليه و ذكروها في وجوه المنع الّتي ضعّفوها و أشكلوا عليها ، مثل لزوم التعليق الممنوع عنه الّذي أشكلوا عليه بأنّ التعليق الممنوع التعليق في الانشاء لا تعليق الحكم الشرعي بالصحة على مثل الاجازة ، و مثل وقوع العتق بدون الاذن منهيّاً عنه فيمتنع التقرّب به الّذي هو شرط في صحّته الّذي أشكلوا عليه بأنّ مثل التصرف الاعتباري ليس منهيّاً عنه بل المنهيّ عنه خصوص التصرف الخارجي ، و نحو ذلك من التعليلات ، فلاحظ .

و لذا اختار في الجواهر جريانه في العقود و غيرها من الافعال كالقبض و نحوه، و الاقوال الّتي رتّب الشارع عليها الاحكام الاّ ما خرج بالدليل، و حكى عن استاذه في شرحه جريان الفضولي فيما جرت فيه الوكالة من العبادات كالاخماس و الزكوات و أداء النذور والصدقات و نحوها من مال من وجبت عليه أو من ماله، و فيما قام من الافعال مقام العقود و كذا الايقاعات ممّا لم يقم الاجماع على المنع فيها وجهان أقواهما الجواز، و يقوى جريانه في الاجازة و اجازة الاجازة و هكذا ـ الخ.

فالتحقيق أنّه لا أصل لهذه الكلية، أعني عدم صحة الفضولي في الايقاعات، نعم قد يكون البطلان في بعض الموارد معقد الاجماع كالطلاق، فعن قواعد الشهيد انّه لم نجد قائلاً من الاصحاب بالصحة فيه، الاّ أنّ في كفاية هذا المقدار في ثبوت الاجماع تامّلاً، و لا سيّما بملاحظة الاستدلال عليه بما دلّ على أنّ الطلاق بيد من أخذ بالساق كما هو ظاهر.

٢ ـ خروج العقد من عنوان الفضولي بمجرد رضاء المالك باطناً

هذا، و ظاهر الاصحاب على ما فى مكاسب شيخنا الاعظم رحمه الله أنّ عقد الفضولي شامل للعقد المقرون برضى المالك، و لا يكفي مجرّد رضاه في صحّة العقد و ترتّب أثره، بل لابد من اجازته، لكنّه قوّى الاكتفاء برضاه و عدم الحاجة في ترتّب الاثر علي الاجازة، اعتماداً على عموم الوفاء بالعقود و التجارة عن تراض، و قوله عليه السلام: «لايحل مال امريء مسلم الاّ عن طيب نفسه»[1]، و ما دلّ على أنّ علم المولى بنكاح

---

١ ـ الكافي ٢٧٣:٧، الفقيه ٦٦:٤، عنهما الوسائل ١٢٠:٥.

العبد و سكوته اقرار منه له [١].

و لما في رواية قصّة عروة من اقباضه المبيع و قبضه الثمن، اذ لو كان فضولياً لم يجز له ذلك [٢].

و لتعبيرهم عن شرط الصحة بالرضى، مثل قولهم في المقام: الشرائط

---

١ ـ عن معاوية بن وهب قال: جاء رجل الى أبي عبدالله عليه السلام فقال: اني كنت مملوكا لقوم و اني تزوجت امرأة حرة بغير إذن مواليّ ثم اعتقوني بعد ذلك، فاجدد نكاحي اياها حين أعتقت، فقال له: أكانوا علموا انك تزوجت امرأة و انت مملوك لهم؟ فقال: نعم و سكتوا عني و لم يغيروا علي، فقال: سكوتهم عنك بعد علمهم اقرار منهم، أثبت على نكاحك الاول (الكافي ٤٧٨:٥، التهذيب ٢٠٤:٨، عنهما الوسائل ١١٧:٢١).

عن معاوية بن وهب عن أبي عبدالله عليه السلام في حديث المكاتب قال: لا يصلح له أن يحدث في ماله الا الاكلة من الطعام و نكاحه فاسد مردود، قيل: فان علم سيده بنكاحه و لم يقل شيئاً، فقال: إذا صمت حين يعلم ذلك فقد أقر، قيل: فان المكاتب عتق، أفترى يجدد نكاحه أم يمضي على النكاح الاول؟ قال: يمضي على نكاحه (الكافي ٤٧٨:٥، الفقيه ٧٦:٣، التهذيب ٢٦٩:٨، عنهم الوسائل ١١٧:٢١).

عن الحسن بن زياد الطائي قال: قلت لابي عبدالله عليه السلام: اني كنت رجلاً مملوكاً فتزوجت بغير إذن مولاي، ثم اعتقني الله بعد فاجدد النكاح؟ قال: فقال: علموا أنك تزوجت؟ قلت: نعم قد علموا فسكتوا و لم يقولوا لي شيئاً، قال: ذلك اقرار منهم انت على نكاحك (الفقيه ٢٨٣:٣، التهذيب ٢٤٣:٨، عنهما الوسائل ١١٨:٢١).

٢ ـ عن عروة بن أبي الجعد البارقي قال: عرض للنبي صلى الله عليه و آله جلب، فاعطاني دينارا و قال: اي عروة ائت الجلب فاشتر لنا شاة، قال: فاتيت الجلب فساومت صاحبه فاشتريت منه شاتين بدينار فجئت اسوقهما، أو قال: اقودهما، فلقيني رجل فساومني فابيعه شاة بدينار، فجئت بالدينار، فقلت: يا رسول الله هذا ديناركم و هذه شاتكم، قال: كيف صنعت؟ قال: فحدثته الحديث، فقال: اللهم بارك له في صفقة يمينه، فلقد رأيتني أقف بكناسة الكوفة فاربح اربعين الفا قبل ان اصل الى اهلي، و كان يشتري الجواري و يبيع (مسند احمد ٤: ٣٧٦، السنن الكبري للبيهقي ١١٢:٦، و في مستدرك الوسائل ٢٤٥:١٣ عن ثاقب المناقب: ٤٠، عوالى اللئالي ٢٠٥:٣، الرقم: ٣٦).

كلّها حاصلة الاّ الرضا ، و قولهم : لا يكفي السكوت لأنّه أعمّ من الرضا ، و لعدم الدليل على توقّف صحة الفضولي على الاجـازة مـطلقاً ، و لانّ المانع من صحة عقد العبد معصية السيد و هي منتفية مع رضاه .

و فيه انّ عموم الوفاء بالعقود لا عموم فيه لكلّ عقد ، بل يختصّ بالعقد المضاف الى من وظيفته الوفاء به لا مطلق العقد ، و اضافة العقد لا يكفي فيها مجرّد الميل اليه فضلاً عن الرضا به ، بل لا بدّ في تحققّها من الالتزام بمضمونه على نحو التزام المـوجب و القـابل ، الحـاصل تـارة بـالوكالة و اخرى بالاذن و ثالثة بالاجازة .

فعقد الوكيل أو المأذون أو المجاز و ان كان صادراً من غير من وظيفته الوفاء به ، الاّ أن مرجع الوكالة و الاذن و الاجازة اللاحـقة لمّـا كـان الى الالتـزام بـه كـان ذلك المـقدار مـصحّحاً للاضـافة الى المـوكّل و الآذن و المجيز ، و مجرّد الرضا لا يكفي مصحّحاً للاضافة المذكورة ، فان كثيراً من العقود الواقعة بين المالكين تكون محبوبة لكثير من النـاس لحـصول الاغراض المحبوبة لهم بها ، و لا تكون منسوبة اليهم و لا مضافة اليـهم أصلاً .

و لذلك افترق الرضا و الاجازة في أنّ الاوّل يصحّ ممّن ليس له تعلّق بموضوع العقد و لا من شأنه الوفاء به ، و الاجازة لا تصحّ من ذلك بل لا بدّ من صدورها ممّن له العقد و وظيفته الوفاء به و من شأنه أن يصدر منه .

و ليس الفرق بين الرضا و الاجازة من قبيل الفرق بـين الطـريق و ذي الطريق كي تكون الاجازة من قبيل اظهار الرضا و الدليل عليه ، بل الاجازة مرجعها الى الالتزام بالعقد الواقع في مقابل الاذن و الوكالة اللّـذين هـما التزام بالعقد اللحق .

و من ذلك تعرف أنّ تأثير الاذن في صحة العقد و نفوذه ليس من جهة

أنّها اظهار الرضا بالعقد بل من جهة أنّها التزام بالعقد الّذي يقع، فلو لم يكن الالتزام المذكور بل كان الصادر من المالك مجرد اظهار الرضا بالعقد كالرضا بعقد الغير على ماله الّذي هو أجنبي عنه، لم يكف ذلك في صحة العقد و نفوذه، لعدم كون العقد له لعدم الالتزام به.

فالوجه المصحّح للنسبة الّتي هي سبب للنفوذ و الدخول تحت أدلّة وجوب الوفاء بالعقود هو الالتزام بالعقد المشترك بين الاذن السابقة و الاجازة اللاحقة لا مجرد الرضا المقابل للسخط و الكراهة.

و من ذلك تعرف الاشكال في التمسك بمثل قوله تعالى: « اَحَلَّ اللّٰهُ الْبَيْعَ »[١]، و قوله تعالى: « تِجٰارَةً عَنْ تَرٰاضٍ »[٢].

مضافاً الى ما عرفت في مبحث الاكراه من أنّ المراد بالتراضي عدم الاكراه لا الرضا بالمعنى المذكور، اذ التجارة لا تكون الاّ مع الرضا بالمعنى المذكور.

و أمّا قوله عليه السلام: «لا يحل - الخ»، فمختصّ كما عرفت في مبحث المعاطاة بالحلّ التكليفي فلا يشمل ما نحن فيه.

و أمّا ما ورد في نكاح العبد فظاهر الاقرار فيها امضاء العقد انشاء لا مجرّد طيب النفس.

و أمّا رواية عروة فالاعتماد عليها لا يخلو من اشكال كما سيأتي، و مراد الاصحاب من رضى المالك الرضى الانشائي أعني ارتضاءه و امضاءه، عدم الدليل على توقّف الفضولي على الاجازة مطلقاً لا يكفي في البناء على صحة العقد ما لم يقم الدليل على عدم الحاجة اليها.

---

١ ـ البقرة: ٢٧٤.

٢ ـ النساء: ٢٨.

عدم الفرق بين عقد العبد بغير اذن مولاه و عقد غيره

و لا فرق فيما ذكرنا بين عقد العبد بغير اذن مولاه و عقد غيره ، و ما ورد من أنّ المانع من صحة عقد العبد معصية السيد المراد منه وقوع العقد بغير اذن السيد لا المعصية التكليفية ، و لذا قال عليه‌السلام في النص : «فاذا أجاز جاز» ، و مقتضاه انحصار سبب الجواز بالاجازة الّتي هي من المفاهيم الانشائية .

نعم قد يقع الاشكال في كفاية الانشاء النفساني بلا انشاء له خارجي بفعل أو قول أو بلا أمارة تدلّ عليه ، لكنّ الظاهر عدم كفايته لعدم ثبوت ذلك عند العرف المنزل عليه اطلاق الخطابات البيانية ، و الاصل عدم ترتّب الاثر عليه ، و يؤيّده عدم الاكتفاء به في عناوين العقود و اليقاعات المعروفة مع صدورها عمّن له العقد ، فالاولى أن لا يكتفى به هنا ، و لعلّه يأتي في مبحث الاجازة ما له نفع في المقام ، فانتظر .

ثمّ انّ الكلام يقع في مسائل :

المسألة الاولى
أن يبيع الفضولي للمالك مع عدم سبق منع من المالك

المعروف القول بالصحة ، بل عن التذكرة نسبته الى علمائنا ، و عن الفخر و جماعة من متأخّري المتأخرين البطلان .

ما يستدلّ به على صحة بيع الفضولي

و استدلّ للاوّل بأمور :

الوجه الاوّل

عموم وجوب الوفاء بالعقود بالتقريب المشار اليه آنفاً ، من أنّه ليس المراد منه وجوب الوفاء على كلّ أحد بكلّ عقد صادر منه أو من غيره مطلقاً فانّه خلاف الظاهر ، بل المراد منه وجوب الوفاء على كلّ أحد بعقده ، نظير قوله تعالى : «وَلْيُوفُوا نُذُورَهُمْ» [١] ، و اضافة العقد الى الشخص تارة بلحاظ صدوره منه و اخرى بلحاظ التزامه به و ان كان صادراً من غيره.

و لا يمكن الحمل على الاوّل اذ مقتضاه في عقد الوكيل و المأذون أن لا يجب على الموكّل و الآذن الوفاء ، لعدم صدور العقد منهما لا مباشرة و لا تسبيباً ، اذ مجرّد الاذن و الوكالة لا يقتضي ذلك ، فيتعيّن الاخير ، و الالتزام المصحّح للاضافة لا فرق فيه بين الاذن السابقة و الاجازة اللاحقة كما عرفت .

و أمّا ما يظهر من كلمات شيخنا الاعظم رحمه الله في تقريب الاستدلال من دعوى ظهورها في كلّ عقد و بيع و ان لم يكن صادراً ممّن له وظيفة ايقاعه و لا مضافاً اليه ، و يكون خروج العاري عن الاذن و الاجازة من باب التخصيص .

ففيه مضافاً الى ما عرفت من أنّه خلاف الظاهر ، أنّ عقد الفضولي قبل الاجازة اللاحقة امّا أن يكون داخلاً في العمومات المذكورة من أوّل الامر أو من حين الاجازة ، و لازم الاوّل الكشف الحقيقي و سيأتي أنّه خلاف مختاره ، و يتوقّف الثاني على جواز الرجوع الى العام بعد خروج

---

١ ـ الحج : ٢٩.

الفرد منه ، و كلامه في أصوله يأباه ، و لا سيّما و أنّ العموم المذكور ممّا يمتنع أن يكون زمانيّاً ، لانّ مضمون العقود انّما يقصد المتعاقدان مجرّد ايقاعه ، فلا نظر الى ثبوته في الزمان الثاني ، و دليل النفوذ تابع لجعل المتعاقدين ، و ليس المقصود منه الاّ ثبوت نفس المضمون و حدوثه لا غيره .

فالعمدة اذاً في تقريب الاستدلال بها ما ذكرنا الّذي يساعده الارتكاز العرفي كما لعلّه ظاهر بالتأمّل ، فلاحظ .

الوجه الثاني

رواية عروة البارقي حيث دفع اليه النبي صلى الله عليه وآله ديناراً و قال : «اشتر لنا به شاة للاضحية ، فاشترى شاتين ، ثم باع احداهما في الطريق بدينار ، فأتى النبي صلى الله عليه وآله بالشاة و الدينار ، فقال له رسول الله صلى الله عليه وآله : بارك الله تعالى لك في صفقة يمينك» [1] ، فانّ بيع احدى الشاتين لم يكن عن اذن فيكون من الفضولي ، و أمّا الشراء فمقتضى الجمود على عبارة الاذن أنّه كذلك .

لكن تمكن دعوى أنّ الاذن بشراء شاة واحدة بدينار تقتضي الاذن بالفحوى بشراء شاتين كشراء شاة واحدة بنصف دينار ، الاّ أن تدفع الفحوى الاولى بأنّ ظاهر الاذن كون الدينار منه الثمن لا تمامه ، و حينئذ

١ ـ هذه الرواية رواها العامة في كتبهم ، كالبخاري في صحيحه و ابن حنبل في مسنده و غيرهما ، و لا خلاف بينهم في كون صاحب القصة هو عروة ، و لكن الشيخ في رجاله نسب الدعاء بالبركة الى عرفة المدني ، و العلامة نسبه الى عرفه الازدي ، و لعل ذلك في قضية أخرى ـ منه مد ظلّه.

مر ذكرها في البحث عن خروج العقد من عنوان الفضولي بمجرد رضاء المالك باطناً.

يكون شراء الشاة بنصف الدينار نفس موضوع الاذن لا أنّه مدلول عليه بالفحوى.

لكن دعوى الظهور كذلك غير ظاهرة [١] كاحتمال أنّ المراد من الشاة في موضوع الاذن الجنس الصادق على الواحد و الكثير، اذ يأبى ذلك الاحتمال بيع عروة احدى الشاتين.

و كيف كان فظهور الرواية في كون البيع فضوليّاً ممّا لا مجال له لمتأمّل فيه.

نعم قد يشكل حملها على الفضولي من جهة قبض عروة للثمن و اقباضه المبيع، فانّ البيع الفضولي قبل الاجازة كالعقد الفاسد لا يجوز فيه القبض و الاقباض الاّ بناء على الكشف الحقيقي و لو بني على جواز اقباضه المبيع لكفاية الرضى النفساني على تقدير الالتفات في جواز التصرف في مال الغير كفى في الاشكال حرمة القبض للثمن، و حمله على صورة علم المشتري بذلك ليكون أمانة في يد عروة الى أن تحصل الاجازة ليس أولى من حمله على كون عروة مفوّضاً اليه شؤون هذه المعاملة و أطوارها من قبل النبي صلّى الله عليه وآله فلا يكون عقده فضوليّاً.

و مع هذا الاحتمال تسقط الرواية عن صلاحية الاستدلال بها بل تكون من قضايا الاحوال المجملة.

الوجه الثالث

صحيحة محمد بن قيس عن أبي جعفر الباقر عليه السلام : «قضى أمير

---

١ ـ هذا بلحاظ المتن المحكى في صحيح البخاري و غيره، لكن في مسند ابن حنبل و غيره لم يذكر الظرف أعني «به»، و انما ذكر : اشتر لنا شاة ـ منه مدظله.

المؤمنين عليه‌السلام في وليدة باعها ابن سيدها و أبوه غائب فاستولدها الّذي اشتراها ، فولدت منه ، فجاء سيّدها فخاصم سيدها الآخر ، فقال : وليدتي باعها ابني بغير اذني ، فقال عليه‌السلام : الحكم أن يأخذ وليدته و ابنها ، فناشده الّذي اشتراها ، فقال عليه‌السلام له : خذ ابنه الّذي باعك الوليدة حتّى ينفذ البيع لك ، فلمّا رآه أبوه قال له : ارسل ابني ، قال : لا و اللّه لا ارسل ابنك حتّى ترسل ابني ، فلمّا رأى ذلك سيّد الوليدة أجاز بيع ابنه »[1].

و قد ذكر في الجواهر و غيرها موهنات كلّها موهونة ، و العمدة ظهور جملة من فقراتها في تحقّق رد البيع قبل الاجازة ، مع دعوى الاجماع من بعضهم على كون الردّ مانعاً من صحّة الاجازة كما سيأتي ، فانّ المخاصمة و اطلاق حكم الامام عليه‌السلام بأخذ الوليدة و ابنها من دون تقييده بصورة ردّ البيع ، و مناشدة المشتري للامام عليه‌السلام ، و الحاحه عليه في فكاك ولده ، و حبس سيّدها الاوّل للولد المستولد المستفاد من قول المشتري : «حتّى ترسل ابني» ،كلّ ذلك ظاهر في تحقق الردّ .

اللّهم الاّ أن يقال : الردّ المانع من صحّة الاجازة انّما هو بمعنى حلّ العقد و رفع صلاحيته لقبول الاجازة لا مجرّد ترك الاجازة ، و الامور المذكورة كما تجامع الرد تجامع التردّد فيه مع عدم الاجازة ، و لا تختص بالردّ لتدلّ عليه ، اذ ليست هي الاّ عملاً بمقتضى بقائه على الملكية السابقة ، فكيف تدلّ على الردّ بالمعنى المتقدّم ، لا أقلّ من وجوب الحمل على ما لا ينافي الاجماع على مانعيّة الرد من تصحيح الاجازة ، بقرينة ظهور الرواية في صحة البيع بالاجازة ، فانّ ذلك أولى من التصرف في ظهور الرواية بنحو آخر .

---

١ ـ الكافي ٥ :٢١١ ، التهذيب ٧:٧٤ و ٧:٤٨٨، الاستبصار ٣:٨٥،الفقيه ٣:١٤٠، عنهم الوسائل ٢١:٢٠٣.

و ما ذكرناه هو العمدة في تقريب الاستدلال بها ، و أمّا ما ذكره شيخنا الاعظم رحمه الله من أنّ الاستدلال بها لا يتوقّف على ذلك ، لظهور الرواية ظهوراً لا ينكر في أنّ البيع مطلقاً قابل للاجازة و ان لم يتمّ ذلك في مورد الرواية ، فغير واضح ، فانّ قوله عليه السلام : « حتّى ينفذ البيع لك» ، ظاهر في البيع الخاص ، و كذا قول الباقر عليه السلام : «أجاز بيع ابنه» ، فاذا امتنع الاخذ بظاهر التنفيذ و الاجازة امتنع استفادة الكلية المدعاة لاجمال المراد .

الوجه الرابع

فحوى ما دلّ على صحة النكاح من الفضولي في الحر و العبد ، فانّ تمليك بضع الغير اذا صحّ بالاجازة كان تمليك ماله أولى .

و فيه انّ النكاح ليس فيه تمليك البضع بل مجرّد التسليط عليه ، و لو سلّم فالاولوية خفيّة ، اذ صحّة بيع الجماد ليست بأولى من صحة بيع الجوار ذوات البضع ، بل من الجائز اعتبار أمر في صحّة الاوّل لا يعتبر في صحة الثاني ، و قد اختلفت الاحكام باختلاف المبيع اختلافاً فاحشاً .

و أمّا شدّة الاهتمام في أمر النكاح لأنه يكون منه الولد كما في بعض الاخبار [1] ، فالظاهر أنّ المراد به لزوم الاهتمام به و الاحتياط من حيث الفتوى بالصحة و الفساد ، لا في مقام بيان اهتمام الشارع في أسبابه و تضييق دائرتها على نحو يعتبر فيه ما لا يعتبر في صحة البيع ، كي

---

١ ـ عن شعيب الحداد قال : قلت لابي عبدالله عليه السلام : رجل من مواليك يقرؤك السلام و قد اراد أن يتزوج امرأة و قد وافقته و اعجبه بعض شأنها و قد كان لها زوج فطلقها على غير السنة و قد كره أن يقدم على تزويجها حتّى يستأمرك فتكون أنت تأمره، فقال أبو عبدالله عليه السلام : هو الفرج و أمر الفرج شديد ، و منه يكون الولد، و نحن نحتاط فلا يتزوجها (التهذيب ٧:٤٧٠، الكافي ٥:٤٢٣، عنهما الوسائل ٢٠:٢٥٨).

يترتّب عليه ثبوت الاولوية المذكورة.

و ممّا ذكرنا في معنى الخبر يظهر التأمل فيما ذكره شيخنا الاعظم رحمه الله من دعوى ظهور الخبر في عكس الاولوية المدّعاة، بقرينة وروده في مقام الردّ على بعض المخالفين المدّعين للفرق بين تزويج الوكيل المعزول مع جهله بالعزل و بين بيعه، بالحكم بالصحة في الثاني و البطلان في الاوّل، لان المال له عوض و البضع لا عوض له، فيكون المراد منه أنّ النكاح أولى بالصحة من البيع، عكس دعوى القائل بالفرق.

فانّ ما ذكره قدس سره خلاف الظاهر منه بقرينة التعبير فيه بالاحتياط الّذي هو من وظائف المكلّف، فالمراد من الخبر أنّ النكاح لاجل أنّه يكون منه الولد أولى بأن يتورّع و يحتاط في مقام الفتوى بصحّته، و أجدر بأن لا يعتمد فيه على التعليلات العليلة و التكلّفات الباردة السخيفة في معرفة حكمه من غيره من موارد الفتوى، و لا يتعلق الكلام باثبات أولويته بالصحة من البيع، أو أولوية البيع بها منه، بل هو أجنبي عن ذلك.

ثم انّه لو ثبت زيادة اهتمام الشارع الاقدس في النكاح، كما يظهر من بعض النصوص، لم تتمّ الاولوية المذكورة ايضاً، اذ الاهتمام به لا يقتضي تضييق دائرة أسبابه بالاضافة الى غيره، بل ذلك تابع لجهات اخرى تقتضي ذلك، فلاحظ.

نعم يمكن الاستدلال بالتعليل الوارد في نكاح العبد بغير اذن مولاه للردّ على من أفتى بأن النكاح فاسد، و لا تحل اجازة السيد له، حيث قال عليه السلام: «انّه لم يعص الله تعالى و انّما عصى سيده، فاذا اجازه فهو له جائز»، فانّه ظاهر في كبرى كلية، و هي أنّ كلّ عقد صحيح لو كان عن اذن السلطان عليه يصحّ لو كان قد أجازه السلطان، و ان لم يكن عن اذن منه، اذ

التعليل المذكور قد اشتمل على أمرين: عدم معصية الله تعالى و معصية السيد.

و من المعلوم أنّ الثاني لا دخل له في صحة العقد بالاجازة، و انّما هو دخيل في عدم صحة العقد بلا اجازة، فالاول يكون هو العلة في صحّة العقد بالاجازة، و هو مطّرد في جمع موارد الفضولي الّذي لا خلل فيه الاّ من جهة فقد الاذن ممّن له وظيفة ايقاعه.

و قد أشار الى ذلك شيخنا الاعظم ﵀ في ذيل أدلّة الصحة، لكن جعله مؤيّداً، و ظاهره المناقشة فيه مع اعترافه بأنّه تعليل للحكم بالصحة مع الاجازة، و شأن التعليل التعدي عن مورده الى غيره، و لعلّه أشار الى الفرق بين المقامين من جهة أنّ عقد العبد واقع ممّن له العقد و انّما المانع كونه مولّى عليه، و ليس كذلك الفضولي.

لكن فيه أن عقد العبد تصرّف في مال المولى فيكون من الفضولي من هذه الجهة يزيد عليه من الجهة المذكورة، نعم لو كان عقد العبد على مال الغير باذنه فصحّته باجازة المولى تقتضي صحّته في المقام.

الوجه الخامس

الروايات الواردة في المضاربة مع تعدّي العامل عن مقتضى الاذن، مثل موثقة جميل: في رجل دفع الى رجل مالاً ليشتري به ضرباً من المتاع مضاربة فاشترى غير الّذي أمره، قال ﵇: «هو ضامن و الربح بينهما على ما شرطه»[1]، و نحوها غيرها[2]، بناء على حملها على صورة

---

١ ـ التهذيب ٧:١٩٣، عنه الوسائل ١٩:١٨.

٢ ـ عن الحلبي عن أبي عبدالله ﵇ انه قال في الرجل يعطي الرجل المال فيقول له: انت

رضى المالك بالمعاملة بعد ظهور الربح كما هو الغالب ، أو للجمع بين هذه الاخبار و بين ما دلّ على اعتبار رضى المالك .

و فيه انّ حملها على ذلك يقتضي أن يكون جميع الربح للمالك لا أن يكون بينه و بين العامل لكون المفروض بطلان المضاربة بالمخالفة ، و لذا استوجبت الضمان .

و بالجملة ان كانت المعاملة الواقعة من العامل المخالف لشرط المالك جارية على اذن المالك ، بأن يكون التقييد بالخصوصية ملحوظاً على نحو تعدّد المطلوب لم تكن من عقد الفضولي ، لكن لا وجه للضمان حينئذ ، و ان كانت جارية على خلاف الاذن كانت من عقد الفضولي ، لكن مقتضى

ـــ ارض كذا و كذا و لا تجاوزها و اشتر منها ، قال : فان جاوزها و هلك المال فهو ضامن ، و ان اشتري متاعا فوضع فيه فهو عليه و ان ربح فهو بينهما (الكافي ٥: ٢٤٠، التهذيب ٧: ١٨٩، عنهما الوسائل ١٩: ١٥) .

عن محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام قال : سألته عن الرجل يعطي المال مضاربة و ينهي أن يخرج به فخرج ، قال : يضمن المال و الربح بينهما (الكافي ٥: ٢٤٠، التهذيب ٧: ١٨٩، عنهما الوسائل ١٩: ١٥) .

عن أبي بصير عن أبي عبدالله عليه السلام في الرجل يعطي الرجل مالا مضاربة و ينهاه أن يخرج به الى ارض اخرى فعصاه ، فقال : هو له ضامن و الربح بينهما إذا خالف شرطه و عصاه (التهذيب ٧: ١٨٧، عنه الوسائل ١٩: ١٨).

عن الكناني قال : سألت أبا عبدالله عليه السلام عن المضاربة يعطي الرجل المال يخرج به الى الارض و ينهي أن يخرج به الى ارض غيرها ، فعصي فخرج به الى ارض اخرى فعطب المال ، فقال : هو ضامن ، فان سلم فربح فالربح بينهما (التهذيب ٧: ١٨٩، الفقيه ٣: ١٤٣ ، عنهما الوسائل ١٩: ١٧).

عن زيد الشحام عن أبي عبدالله عليه السلام في المضاربة إذا اعطي الرجل المال و نهي أن يخرج بالمال الى ارض اخرى فعصاه فخرج به ، فقال : هو ضامن و الربح بينهما (التهذيب ٧: ١٨٧، عنه الوسائل ١٩: ١٨).

الصحة بالاجازة أن يكون جميع الربح للمالك ، فالجمع بين الضمان وكون الربح بينهما لا ينطبق على قاعدة عقد الفضولي و لا المأذون فيه .

اللّهم الاّ أن يكون المراد من تقييد العامل ببعض الخصوصيات هو اشتراط الضمان على تقدير المخالفة ، بناء على عدم قدح ذلك في صحتها ، لكن مع أنّ الظاهر من بعض النصوص أنّه قادح فيها أنّه خلاف ظاهر النصوص المذكورة .

و ان كان قد يشهد له صحيح الحلبي : «في المال الّذي يعمل به مضاربة له من الربح و ليس عليه من الوضيعة شيء الاّ أن يخالف أمر صاحب المال ، فان العباس كان كثير المال و كان يعطي الرجال يعملون به مضاربة و يشترط عليهم أن لا ينزلوا بطن واد و لا يشتروا اذا كبد رطبة ، فان خالفت شيئاً ممّا أمرتك به فأنت ضامن للمال»[١] ، و نحوه رواية أحمد بن محمد بن عيسى[٢]، فلاحظ .

الوجه السادس

ما ورد في اتّجار غير الولي بمال اليتيم[٣]، من أنّ الربح لليتيم و المتّجر

---

١ ـ عن الحلبي عن أبي عبدالله عليه‌السلام انه قال في المال الذي يعمل به مضاربة ـ الحديث (التهذيب ٧:١٩١، عنه الوسائل ١٩:١٧).

٢ ـ أحمد بن محمد بن عيسى في نوادره عن أبيه قال : قال أبو عبدالله عليه‌السلام : كان للعباس مال مضاربة فكان يشترط أن لا يركبوا بحراً و لا ينزلوا وادياً فان فعلتم فأنتم ضامنون فأبلغ ذلك رسول الله صلى‌الله‌عليه‌وآله فأجاز شرطه عليهم (نوادر أحمد بن محمد بن عيسى : ١٦٢، عنه الوسائل ١٩:١٨).

٣ ـ عن منصور الصيقل قال : سألت أبا عبدالله عليه‌السلام عن مال اليتيم يعمل به ؟ قال : فقال : اذا كان عندك مال و ضمنته فلك الربح و انت ضامن للمال ، و إن كان لا مال لك و عملت به

ضامن للمال ، فانّ الضمان بدل على عدم اذن الولي ، فالاتّجار يكون من الفضولي ، فاذ بني على اطلاق كون الربح لليتيم كما عن جماعة لم يكن ممّا نحن فيه ، و ان كان مشروطاً بالاجازة كانت من أفراد الفضولي .

لكن ورد مثلها في اتّجار الولي اذا لم يكن له مال [1] ، فانّ مقتضى الضمان اذا كان عدم جواز التصرف و خروجه عن موضوع الولاية كان التصرّف باطلاً و لا ربح ، فالحكم برجوع الربح لليتيم لابدّ أن يكون تعبّداً فلا تكون ممّا نحن فيه و سياق الجميع واحد .

و يحتمل أن يكون ثبوت الولاية في القسمين تابعاً للمصلحة ، فمع

← فالربح للغلام و انت ضامن للمال (التهذيب ٢٩:٤، الاستبصار ٣٠:٢ ، عنهما الوسائل ٨٩:٩) .

عن محمد بن مسلم عن أبي عبدالله عليه السلام في مال اليتيم ، قال : العامل به ضامن و لليتيم الربح إذا لم يكن للعامل مال ، و قال : ان عطب اداه (الكافي ١٣١:٥، التهذيب ٣٤٢:٦، عنهما الوسائل ٢٥٧:١٧) .

عن ربعي بن عبدالله عن أبي عبدالله عليه السلام قال في رجل عنده مال اليتيم ، فقال : إن كان محتاجاً و ليس له مال فلا يمس ماله ، و ان اتجر به فالربح لليتيم و هو ضامن (الكافي ١٣١:٥، التهذيب ٣٤١:٦، عنهما الوسائل ٢٥٧:١٧) .

١ ـ عن اسباط بن سالم قال : قلت لابي عبدالله عليه السلام : كان لي اخ هلك فأوصي الى اخ اكبر مني و ادخلني معه في الوصية ، و ترك ابنا له صغيرا و له مال ، أفيضرب به اخي ؟ فما كان من فضل سلمه لليتيم وضمن له ماله ؟ فقال : ان كان لاخيك مال يحيط بمال اليتيم ان تلف فلا بأس به ، و ان لم يكن له مال فلا يعرض لمال اليتيم (الكافي ١٣١:٥، التهذيب ٣٤٢:٦، عنهما الوسائل ٢٥٧:١٧) .

عن أبي الربيع قال : سئل أبوعبدالله عليه السلام عن الرجل يكون في يديه مال لاخ له يتيم و هو وصيه أيصلح له أن يعمل به ؟ قال : نعم يعمل به كما يعمل بمال غيره و الربح بينهما ، قال : قلت : فهل عليه ضمان ؟ قال : لا ، اذا كان ناظرا له (التهذيب ٢٨:٤، الاستبصار ٣٠:٢، عنهما الوسائل ٨٩:٩) .

الربح يكون التصرف من الولي فيصحّ ، و مع المفسدة تنتفي الولاية فيستوجب الضمان ، لكن من المحتمل قريباً أن يكون المراد من الضمان كون الخسران على المتصرف لافساد المعاملة ، فلاحظ .

نعم لا بأس بالاستدلال برواية مسمع الّذي استودع رجلاً مالاً له فجحده و حلف له عليه ، ثمّ جاء بالمال بعد سنتين أربعين ألف درهم ربحها فيه ، و قال له : اجعلني في حلّ ، فتوقف من أخذ المال و الربح ، فقال عليه‌السلام له : «خذ نصف الربح و أعطه النصف انّه تائب و اللّه يحبّ التوابين» [١] ، فانّ الظاهر من التعليل كونه تعليلاً لاعطاء النصف ، و قريب منه صحيح الحلبي [٢] الوارد في الاقالة بوضيعة ، فتأمّل .

و ربّما يؤيّد الحكم بالصحة ببعض النصوص الواردة في موارد اخرى ، لكن التأييد بها ضعيف ، يظهر ذلك بالتأمّل في كلمات شيخنا الاعظم رحمه‌الله ، فراجع و تأمّل .

---

١ ـ عن مسمع أبي سيار قال : قلت لابي عبدالله عليه‌السلام : اني كنت استودعت رجلا مالاً فجحدنيه و حلف لي عليه ، ثم جاء بعد ذلك بسنين بالمال الذي كنت استودعته اياه ، فقال : هذا مالك فخذه ، و هذه اربعة آلاف درهم ربحتها في مالك فهي لك مع مالك و اجعلني في حل ، فاخذت المال منه و ابيت ان آخذ الربح و اوقفت المال الذي كنت استودعته و اتيت حتّى استطلع رأيك فما تري ، قال : فقال : خذ الربح و أعطه النصف و احلّه ، ان هذا رجل تائب و الله يحب التوابين . (التهذيب ٧: ١٨٠، الفقيه ٣: ١٩٤، عنهما الوسائل ١٩: ٨٩).

٢ ـ عن الحلبي قال : سألت أبا عبدالله عليه‌السلام عن رجل اشتري ثوباً و لم يشترط على صاحبه شيئاً فكرهه ثم رده على صاحبه فأبي أن يقبله الا بوضيعة ، قال : لا يصلح له أن يأخذه بوضيعة، فان جهل فأخذه فباعه بأكثر من ثمنه رد على صاحبه الاول ما زاد (التهذيب ٧: ٥٦، الكافي ٥: ١٩٥، الفقيه ٣: ١٣٧، عنهم الوسائل ١٨: ٧١).

ما يستدلّ به على بطلان بيع الفضولى

و استدلّ للقول بالبطلان بأمور :

الوجه الاوّل : الكتاب

قوله تعالى : « لاٰ تَأْكُلُوا اَمْوالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْباطِلِ اِلاّٰ اَنْ تَكُونَ تِجارَةً عَنْ تَراضٍ »[1] ، جيث دلّ بمفهوم الحصر على عدم جواز أكل المال بغير التجارة عن تراض ، و بمفهوم القيد على عدم حلّه بالتجارة لا عن تراض ، و عقد الفضولي ليس عن تراض و ان لحقته الاجازة .

و فيه انّه يتوقّف على كون التجارة اسماً للسبب ، اذ لو كان المراد بها المسبّب فاعتبار التراضي شرطاً فيها بنحو الشرط المتقدّم لا يمنع من صحّة عقد الفضولي بعد الاجازة .

و أمّا الاشكال على الدليل المذكور بمنع دلالته على الحصر لانقطاع الاستثناء كما هو ظاهر اللفظ و صريح المحكي عن جماعة من المفسرين، فيندفع بأنّه لا فرق في الدلالة على الحصر بين الاستثناء المنقطع و المتصل ، و لذا ذكر في معنى المنقطع أنّه اخراج من المفهوم ، غاية الامر قد لا يكون المفهوم المخرج منه المستثنى متّضح الحدود من حيث سعة العموم و ضيقه ، فيقتصر على القدر المتيقن.

و لا ريب في أنّ المقدار في المقام يشمل التجارة لا عن تراض ، فالاقتصار في الاخراج على التجارة عن تراض يقتضي بقاء التجارة لا عن تراض على حكم العام .

---

١ ـ النساء :٢٨.

و مثله في الاشكال احتمال كون : « عَنْ تَرَاضٍ » خبراً ثانياً لتكون ، لا قيداً للتجارة ، فانه بعيد ، بل لعلّه ممتنع على قراءة الرفع .

و أبعد منه دعوى كون : « عَنْ تَـرَاضٍ » قيداً للتجارة المضافة الى المالك المفهوم من الكلام ، يعني كون التجارة لكم عن تراض ، نعم دعوى ثبوت مفهوم القيد محلّ نظر ، و لا سيّما اذاكان وارداً مورد الغالب كما في المقام ، فلاحظ .

الوجه الثاني : النصوص

كالنبوي المستفيض : «لا تبع ما ليس عندك»[١] ، و مثله ما عن أبي عبد الله عليه السلام في مناهي النبي صلى الله عليه و آله : «نهى عن بيع ما ليس عندك»[٢] .

---

١ ـ عن سليمان بن صالح عن أبي عبدالله عليه السلام قال : نهي رسول الله صلى الله عليه و آله عن بيع ما ليس عندك (التهذيب ٧: ٢٣٠، عنه الوسائل ١٨: ٣٧) .

عن حكيم بن حزام قال : قلت : يا رسول الله يأتيني رجل يسالني البيع ليس عندي ما ابيعه ثم ابيعه من السوق ، فقال : لا تبع ما ليس عندك .

و عنه في رواية اخرى قال : قلت : يا رسول الله الرجل يسألني البيع و ليس عندي أفأبيعه ؟ قال : لا تبع ما ليس عندك .

و عنه في رواية اخرى قال : قلت : يا رسول الله اني اشتري بيوعا فما يحل لي منها و ما يحرم عليّ ؟ قال : فاذا اشتريت بيعا فلا تبعه حتى تقبضه .

و عنه ايضاً عن رسول الله صلى الله عليه و آله : لاتبع طعاما حتّى تشتريه و تستوفيه (سنن احمد ٣: ٤٠٢).

عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده عن النبي صلى الله عليه و آله انه قال : لا طلاق الا فيما تملكه ، و لا بيع الا فيما تملكه (عوالى اللئالي ٣: ٢٠٥، عنه المستدرك ١٣: ٢٣٠).

٢ ـ عن الحسين بن زيد عن الصادق عليه السلام عن آبائه في مناهي النبي صلى الله عليه و آله قال : و نهي عن بيع ما ليس عندك (الفقيه ٤: ٤، عنه الوسائل ١٧: ٣٥٧).

و فيه انّ مقتضى الجمود على ما تحت الكلام ارادة المنع عن بيع ما لم يكن في يده، سواء أكان مملوكاً له أم لا، مقدوراً على تسليمه أم لا، كليّاً ذميّاً أم جزئيّاً خارجيّاً، و حمله على ما لم يكن مملوكاً له بل كان ملكاً لغيره ممّا لا قرينة عليه، بل الحمل على ما لم يكن مقدوراً على تسليمه أقرب منه.

و لو سلّم فالظاهر منه و ان كان الارشاد الى عدم الصحّة لكن منصرفه عدم ترتّب الاثر على البيع نفسه كبيع ما عنده، لا عدم ترتّب الاثر مطلقاً و لو كان الاثر ضمنيّاً، بأن يكون الاثر منوطاً بالاجازة كما هو مقتضى القول بصحة الفضولي مع الاجازة.

و من ذلك يظهر الاشكال في الاستدلال بالنبوي: «لا بيع الاّ فيما يملك»، و بالتوقيع الى الصفار: «لا يجوز بيع ما ليس يملك»[1]، و لا سيّما و قد اقترن الكلام في الاخير بقوله عليه السلام: «و قد وجب الشراء فيما يملك»، ممّا يصلح قرينة على حمل نفي الجواز على ما يقابل الوجوب.

و أمّا توقيع الحميري: «انّ الضيعة لا يجوز ابتياعها الاّ من مالكها أو بأمره و رضى منه»[2]، فدلالته على المنع غير ظاهرة، اذ الابتياع من

---

١ ـ عن الصفار انه كتب الى أبي محمد الحسن بن على العسكري عليهما السلام في رجل له قطاع ارضين، فيحضره الخروج الى مكة و القرية بمراحل من منزله ـ الى أن قال: ـ فوقع عليه السلام: لا يجوز بيع ما ليس بملك و قد وجب الشراء من البايع على ما يملك (التهذيب ٧: ١٥٠، الفقيه ٣: ١٥٣، عنه الوسائل ١٧: ٣٣٩).

٢ ـ عن محمد بن عبدالله بن جعفر الحميري انه كتب الى صاحب الزمان عليه السلام ان بعض اصحابنا له ضيعة جديدة بجنب ضيعة خراب للسلطان فيها حصة، و اكرته ربما زرعوا و تنازعوا في حدودها و تؤذيهم عمال السلطان و تتعرض في الكل من غلات ضيعته، و ليس لها قيمة لخرابها، و إنما هي بائرة منذ عشرين سنة، و هو يتحرج من شرائها لانه يقال: ان هذه الحصة

الفضولي مع اجازة المالك ابتياع برضى المالك .

و مثله صحيح ابن مسلم الوارد في أرض بفم النيل اشتراها رجل و أهل الارض يقولون : هي أرضنا ، و أهل الاسنان يقولون : هي من أرضنا فقال عليه‌السلام : «لا تشترها الاّ برضى أهلها»[1].

الوجه الثالث : الاجماع

الّذي ادّعاه الشيخ في الخلاف و ابن زهرة في الغنية على البطلان ، و عن الحلى في باب المضاربة نفي الخلاف في بطلان شراء الغاصب اذا اشترى بعين المغصوب .

و فيه انّه لا مجال للاعتماد على مثله بعد حكاية القول بالصحة عن معظم القدماء و نسبته الى علمائنا كما تقدّم .

الوجه الرابع : العقل

ما دلّ من العقل و النقل على عدم جواز التصرف في مال الغير بغير اذنه .

و فيه انّه مختصّ بالتصرف الخارجي ،كما يشهد به جواز ما لا يحصى

من هذه الضيعة كانت قبضت من الوقف قديما للسلطان ، فان جاز شراؤها من السلطان كان ذلك صونا و صلاحا له و عمارة لضيعته ، و انه يزرع هذه الحصة من القرية البائرة بفضل ماء ضيعته العامرة ، و يتحسم عن طمع اولياء السلطان ، و ان لم يجز ذلك عمل بما تأمره ان شاء الله ، فأجابه عليه‌السلام : الضيعة لا يجوز ابتياعها الا من مالكها أو بامره أو رضاء منه (الاحتجاج :٤٨٧، عنه الوسائل ١٧: ٣٣٧).

الاكرة : الفلاحون ، الواحد أكار .

١ ـ التهذيب ٧: ١٤٩، الكافي ٥: ٢٨٣، عنهما الوسائل ١٧: ٣٣٤.

من التصرفات الاعتبارية بضرورة الشرع و العقل و العرف.

و دعوى أنّه يعمّ خصوص ما نحن فيه، من نقل المال من مالكه الى غيره لكونه أقبح في نظر العقلاء من بعض التصرفات الخارجية، فيها انّ مثل ذلك ممّا يمتنع تعلّق التكليف به، لانّه من أفعال المعتبِر و هو الشارع لا من أفعال المكلف، نعم فعل المكلّف من دواعي وقوعه، فالتكليف به لابد أن يرجع الى التكليف بالسبب لا غير، فتأمّل.

و لو سلّم عموم التصرف المحرّم له، فالمراد من عدم الجواز فيه التكليفي، و حينئذ يكون ايضاً أجنبيّاً عمّا نحن فيه، لانّ الكلام في ثبوت التصرّف لا في جوازه تكليفاً، و حرمة التصرف لا تقتضي انتفاءه و لا نفي القدرة عليه، لعدم الملازمة بينهما عقلاً و لا عرفاً.

و دعوى أنّه اذا كان محرّماً كان مبغوضاً للشارع، و حينئذ يمتنع اعتباره له لامتناع ايجاد ما هو مبغوض، فيها مع أنّك عرفت أنّ مقتضى البناء على كونها فعل الشارع عدم تعلّق التكليف بها، أنّ المانع من الوجود المبغوضية المطلقة لا مطلق المبغوضية و لو من قبل المكلّف، فانّ أفعال العباد ايضاً مستندة اليه و لو بتوسّط اختيارهم، مع وقوع ما هو مبغوض له منها، لجواز أن تكون مصلحة في اعتبار ذلك الامر الاعتباري منوطة بوجود سببه من عقد أو ايقاع، فانّ ضرب الولد مبغوض للوالد و مع ذلك يقع من الوالد عند صدور ما يقتضي التأديب من الولد، و المقام نظيره.

مع أنّه لو تمّ ذلك لجرى في المكروه ايضاً كبيع الاكفان و النذر و غيرهما، فانّ المكروه المطلق ايضاً لا يصح ايقاعه مع أنّه يتحقّق اعتباره عند وجود سببه.

و أشكل من ذلك توجيه ما ذكر بأنّ الحرمة توجب سلب القدرة، اذ فيه

أنّها انّما توجب سلب القدرة التشريعية بمعنى احداث الداعي الى تركها لا سلب القدرة الحقيقية على ايجادها بايجاد سببها ، و لو سلّم ذلك فانّما هو قبل الاجازة اذ بعدها يكون باذن المالك و رضاه ، فلا يكون محرّماً .

وجوه اخر

٥ ـ انّ القدرة على التسليم شرط في البيع ،و الفضولي غير قادر .

و فيه انّ المعتبر هو قدرة من له وظيفة الوفاء ، فقد يكون هو العاقد كالوكيل المفوّض اليه أمر المعاملة و ان لم يكن المالك قادراً عليه ، و قد يكون هو المالك دون العاقد كالوكيل في مجرّد اجراء الصيغة ، و في الفضولي يكون المالك هو الّذي يكون له وظيفة الوفاء ، فالمعتبر قدرته لا قدرة الفضولي .

٦ ـ انّ الفضولي غير قاصد الى مدلول اللفظ .

و فيه ما تقدّم في بحث الاكراه ، فراجع .

المسألة الثانية
أن يبيع الفضولي عن المالك مع سبق منع المالك

و قد ينسب الى جماعة صريحاً أو ظاهراً البطلان مع القول بصحة الفضولي ، و كأنّه لانّ المنع قبل العقد يستلزم غالباً بقاء الكراهة بعد العقد و لو آناًمّا ، و هذه الكراهة ردّ للعقد مانع من لحوق الاجازة ، كالردّ الواقع بين الايجاب و القبول .

و فيه انّ العرف لايساعد على ذلك ، و يشهد له البناء على صحة عقد المكره اذا أجاز مع تحقّق الكراهة بعد العقد قبل الاجازة ، فاذاً العمومات

المقتضية للصحة في المسألة الاولى مقتضية لها هنا من دون فرق ، مضافاً الى ما ورد في المضاربة مع نهى المالك بناء على كونه من الفضولي .

و أمّا رواية محمد بن قيس فظاهر قـول المـالك فـيها : «بـاعها بـغير اذني»[١] ، عدم تحقّق النهي ، و الاّ كان المناسب ذكره ، فانّه أدخـل فـي الانكار و عدم الصحة .

و أمّا ما ورد في نكاح العبد بغير اذن مولاه ، فظهوره في منع المولى و لو بشاهد الحال غير ظاهر ، و أمّا التعليل بمعصية السيد ، فالظاهر أنّ المراد به مجرّد العقد بغير اذنه ، كما هو المصرّح به فـي صـدر الروايـة لا العقد المسبوق بنهيه .

و كذا الحال فيما ورد في بيع مال اليتيم و المغصوب ، فلاحظ .

المسألة الثالثة
أن يبيع الفضولي لنفسه

المشهور على ما قيل الصحة ايضاً للـعمومات بـالتقريب المـتقدّم ، و لروايتي مسمع و الحلبي المتقدّمتين، بناء على صحة الاستدلال بهما للصحة ، و أمّا فحوى صحة النكاح فغير ظاهرة ، لاحتمال كون القصد لنفسه مانعاً من ثبوتها .

و أمّا نصوص نكاح العبد بغير اذن مولاه فموردها و ان كـان النكـاح

---

١ ـ عن محمد بن قيس عن أبي جعفر الباقر عليه السلام : «قضى أمير المؤمنين عليه السلام في وليدة باعها ابن سيدها و أبوه غائب فاستولدها الّذي اشتراها ، فولدت منه ، فجاء سـيّدها فـخاصم سيدها الآخر ، فقال : وليدتي باعها ابني بغير اذني ـ الحديث ، (الكافي ٥ :٢١١، التهذيب ٧: ٧٤ و ٧: ٤٨٨، الاستبصار ٣: ٨٥، الفقيه ٣: ١٤٠، عنهم الوسائل ٢١: ٢٠٣).

لنفسه لكن الاجازة فيها لنفس العبد لا للمولى ، فلا ترتبط بما نحن فيه.

و مثلها دعوى ظهور صحيح محمد بن قيس ، فانّه لا مأخذ له ، بل المناسب لقول المالك : «باعها ابنى بغير اذني» ، أنّه باعها للاب ، و لو كان البيع لنفسه كان التنبيه عليه أولى ، لأنّه أدخل في الانكار ، نظير ما تقدّم.

ما يستدلّ به على بطلانه

ثمّ انّه قد يستشكل في ذلك لوجوه قد ذكرها شيخنا الاعظم رحمه الله ، و العمدة منها وجهان :

الوجه الاول

أنّ قصد البيع لنفسه ينافي قصد المعاوضة الحقيقية ، للتنافي بين المقصودين ، لانّ قوام المعاوضة أن يكون كلّ من العوضين قائماً مقام الآخر في النسبة الخاصة به ، فاذا كان المبيع ملكاً لغير البائع فعوضية الثمن راجعة الى قيامه مقام المبيع في نسبته الى مالكه ، و من المعلوم أنّ ذلك ينافي نسبته الى البايع فيمتنع قصدهما معاً.

و قد أجاب شيخنا الاعظم رحمه الله عن ذلك بأنّ ذلك يتمّ لو لم يكن تصرّف من البائع بادّعاء كونه مالكاً حقيقيّاً ، أمّا معه فلا بدّ أن يرجع قصد المعاوضة الى قصد دخول الثمن في ملكه ، و لا مانع من أن تكون المعاوضة حقيقية مع ابتنائها على أمر ادّعائي ، نظير المجاز الادعائي في الاصول.

و يشكل بالفرق بين المقامين ، بأنّ المجاز الادّعائي انّما لا ينافي الاستعمال الحقيقي لأنّه يكفي في كون الاستعمال حقيقيّاً استعمال اللفظ في معناه الحقيقي و ان جعل المعنى مرآة لامر غير حقيقي ، و لا يكفي

في انشاء المعاوضة مجرّد احضار مفهوم المعاوضة و ان كان مرآة لغيره بل يكون المنشأ حينئذ ذلك الغير ، لأنّه هو المقصود انشاؤه و ايجاده لا مفهوم المعاوضة .

لكون المفروض أنّ المفهوم انّما لوحظ مرآة و عبرة الى غيره ، فمتعلّق القصد هو ذلك الغير المحكي لا نفس الحاكي ، و لذا كان استعمال الالفاظ المجازية في العقود و الايقاعات لا يخرجها عن كونها انشاء لمفاهيمها الحقيقية الى كونها انشاء للمعاني الحقيقية لتلك الالفاظ ، فاستعمال لفظ البيع في عقد الاجارة لا يجعله انشاء للبيع و لا للاجارة كما لعلّه ظاهر .

و الّذي ينبغي أن يقال : انّ الغاصب ان كان يرى أنّه مالك للعين ، بأن كان الغصب في نظره منشأ لاعتبار ملكيّته لها ، فقصده البيع عن نفسه راجع الى اعتباره ملكية الثمن ، لقيامه مقام المبيع الّذي يراه مملوكاً له ، و مثله لا ينافي قصد المعاوضة بل يلازمه ، و الّذي ينافيه قصد ملكيّة الثمن لغيره الّذي ليس مالكاً للمبيع في نظره .

و ان كان لا يرى نفسه مالكاً للعين المغصوبة ، بأن لا يكون الغصب في نظره منشأ لاعتبار الملكية حقيقة ، فقصد كون البيع لنفسه ليس على الحقيقة بل على الادعاء ، و مثله لا ينافى قصد المعاوضة الحقيقية ، و انّما الّذي ينافيها قصد البيع لنفسه على الحقيقة .

و بالجملة ان كان المقصود من الاشكال أنّ قصد المعاوضة الحقيقية لغير المالك مع الالتفات الى ذلك ممتنع فهو في محله ، و ان كان المقصود أنّ بيع الغاصب لنفسه على ما هو المتعارف أمر ممتنع فهو مع أنّه خلاف ضرورة العرف ممنوع جدّاً لما عرفت ، امّا لكون قصده لنفسه ليس على الحقيقة أو لأنه على الحقيقة في نظره ، فلا ينافى قصد المعاوضة ، فلاحظ .

الوجه الثاني

أنّ الفضولي اذا قصد البيع لنفسه ، فان تعلّقت الاجازة بهذا المضمون كان مقتضاها صيرورة الثمن للفضولي لا للمالك المجيز ، و ان تعلّقت بغيره لم تكن اجازة للعقد و لا كان العقد ملحوقاً بالاجازة ، و هو باطل بلا كلام .

و عن المحقق القمي الجواب عن ذلك بأنّ مرجع الاجازة في المقام الى تبديل رضى الغاصب بالبيع لنفسه برضي المالك بالبيع لنفسه ، و ظاهره أنّه تصرّف في الايجاب فقط من دون تصرف في القبول .

فيشكل بأنّه لو صحّ ذلك لم يكن مطابقاً لقبول المشتري ، لانّ قبوله انّما تعلّق بايجاب البائع لا بمضمون الاجازة فلا يلتئم معها ، فيمتنع دخوله تحت تحت أدلّة النفوذ .

و في المحكي عن بعض عباراته الجواب بأنّ مرجع الاجازة في المقام الى التصرف في طرفي العقد معاً ، فمفادها أنّ العقد الّذي وقع على المال المعيّن لنفس البائع الغاصب قد بدلته الى كونه على هذا الملك بعينه لنفسي ، فتكون عقداً جديداً ، كما هو أحد الاقوال في الاجازة .

و استشكل فيه شيخنا الاعظم رحمه الله بأنّه مخالف للاجماع و العقل ، و كأنّ وجه مخالفته للعقل امتناع أن يكون الانشاء الواحد ايجاباً و قبولاً .

و فيه انّ الاشكال المذكور انّما يتوجّه على ظاهر التعبير بكونها عقداً جديداً ، لا على ما يظهر من عبارة الجواب من أنّ مفاد الاجازة التصرف في طرفي العقد معاً ، اذ لا مانع من ذلك .

و أجاب شيخنا الاعظم رحمه الله بأنّ ايجاب البائع الفضولي انّما تضمّن تمليك المشتري بالعوض ، و أمّا دخول المعوّض في ملكه فأمر خارج

عن مضمون الايجاب ، نعم مقتضى طبع المعاوضة المقصودة دخوله في ملك مالك المبيع ، فاذا كان يرى نفسه مالكاً له ادّعاءاً أو اعتقاداً كان قاصداً لملك العوض كذلك ، و لاجل أنّ المبيع ملك حقيقة لمالك في نظره يكون قاصداً ملك العوض لمالكه حقيقة ، و حينئذ لا مانع من تعلّق الاجازة بالمعاوضة الحقيقية المقصودة .

لكنه ﷺ استشكل فيما لو كان الفضولي مشترياً لنفسه ، فانّ قبوله بلفظ : تملّكت ، و : ملكت ـ بالتخفيف ، متقوّم بتمليك نفسه ، فيمتنع أن يكون موضوعاً للاجازة ، ثمّ تفصّي عن هذا الاشكال بأنّ نسبة الملك الى المشترى الفضولي ليست بما هو هو ، بل بما هو مالك ، فحيثية المالكية جهة تقييدية و الثابت للشيء من حيثية تقييدية ثابت لنفس تلك الحيثية ، ففي الحقيقة يكون المنسوب اليه الملك هو المالك ، و هذا المضمون هو موضع الاجازة ، هذا محصل كلامه ﷺ.

و فيه انّ حيثية المالكية لو كانت ملحوظة فهي حيثية تعليلية من دواعي التمليك ، و ليس المجعول هو التمليك القائم بالمالك لتكون حيثية تقييدية ، و لو سلّم فلا اطلاق لها يشمل غير المشتري ، فانّ كاف الخطاب مستعملة في خصوص المشتري لا فيما هو المالك حقيقة الاعم من المشتري و غيره ، حتّي تكون اجازته موجبة لتملك المجيز المالك .

مضافاً الى أنّ القبول بلفظ : تملّكت و نحوه ليس انشاء للتملّك ، و انّما هو قبول للايجاب ، فاذا كان مفاده مجرّد جعل المعاوضة بين المالين كان مفاد القبول امضاء له ، و قصد كونه لنفسه كقصد البايع الفضولي خارج عن قصد المعاوضة ، فاجازتها نفسها لا مانع منها .

اندفاع الاشكال فيما لو كان الايجاب بلفظ : ملّكتك

و بذلك ايضاً يندفع الاشكال فيما لو كان الايجاب بلفظ : ملّكتك ، بأنّ مضمونه الصريح تمليك المشتري الفضولي فقبول المشتري قبول لهذا المضمون فيمتنع اجازته للمالك .

و وجه الاندفاع أنّه اذا كان مقصود الموجب المعاوضة بين المالين كان قصد تمليك المخالطب خارجاً عنها ،كقصد تملّك العوض على ما تقدّم في دفع الاشكال ، فلا يلزم من اجازة المعاوضة اجازة الخصوصية المذكورة ، فلا مانع من اجازة المعاوضة فقط على حسب ما تقتضيه من صيرورة كلّ من المالين في مكان الآخر و لو في الملكية .

فاذاً المتحصّل في الجواب أنّ المقصود الاولي بالعقد :

تارة يكون نفس المعاوضة ، و تكون خصوصية رجوع الثمن ملكاً لشخص بعينه و رجوع المثمن كذلك أمراً زائداً على المقصود الاولي ، وكان قصدها ناشئاً من اعتقاد أو ادّعاء .

و حينئذ لا مانع من اجازة العقد بمضمونه الاولي ، فيترتّب عليه مقتضاه من دون فرق بين كون التمليك مدلولاً صريحاً للايجاب ، كما لو قال البائع الفضولي : ملّكتك هذا بهذا لي ، أو مدلولاً غير صريح منها ، كما لو قال : بدّلت هذا بهذا ، أو في أحدهما كما لو قال : ملّكتك هذا بهذا، أو بدّلت هذا بهذا لي .

و تارة يكون المقصود هو الخصوصية المذكورة ، كما لو قال البايع الفضولي للمشترى الفضولي : ملّكتك هذا بهذا لي ، فقبل المشتري مع غفلتهما عن عنوان المعاوضة ، بل لم يقصد الاّ ما تحت اللفظ ، بحيث لو صادف كونهما مالكين كان معاوضة حقيقية بالحمل الشائع ، لكن لم يتّفق ذلك كان معاملة اخرى .

و حينئذ تمتنع اجازة المالك لنفسه للزوم كون مضمون العقد غير مجاز، و ما هو مجاز غير مضمون العقد، لكن الفرض المذكور خارج عن المتعارف المعهود من بيع الغاصب و نحوه.

اندفاع الاشكال فيما لو علم المشتري بكون البائع غاصباً

هذا، و ممّا ذكرنا يندفع اشكال ثالث يختصّ بصورة علم المشتري بكون البائع غاصباً، و حاصله أنّ الاصحاب حكموا بأنّ المالك لو ردّ البيع فليس للمشتري المذكور الرجوع على البائع بالثمن، و ذلك كاشف عن عدم تحقق المعاوضة الحقيقية بينهما و الاّ تعيّن بالردّ رجوع كلّ من العوضين الى ملك مالكه.

وجه الاندفاع ما عرفت أنّ المنشأ بين الغاصب و الاصيل هو المعاوضة الحقيقية، و حكم الاصحاب غير ثابت النسبة اليهم و لا المأخذ.

نعم حكي بعضهم ذلك بتوهّم أنّ التسليط الخارجي مع العلم بفساد العقد يقتضي الاذن بالتصرف مجّاناً.

و فيه انّ التسليط كان بعنوان المعاوضة، لأنّه كان جرياً على مقتضى العقد الواقع بينهما لا بعنوان المجّانية، فلا يستوجب الاذن بالتصرف مجّاناً، مع أنّه لو تمّ ذلك في صورة الردّ لا مجال لقياس صورة الاجازة عليها، لامكان دعوى كون قصد المجانية انّما هو في صورة الردّ لا مع الاجازة.

مضافاً الى أنّ الاشكال لا يتوجّه بناء على الكشف، اذ عليه يكون تسليط المشتري متأخّراً عن صحة العقد و دخول الثمن في ملك المالك، فيكون تسليط المشتري تصرّفاً في ملك الغير، فلا ينفذ كي يوجب عدم صحة الاجازة لانتفاء موضوعا.

و بالجملة تكون الاجازة رافعة لموضوع التسليط ، لا أنّ التسليط رافع لموضوع الاجازة .

فروع

الفرع الاول : عدم الفرق بين كون المال عيناً أو في الذمة

انّك عرفت في بعض المباحث السابقة أنّ ما في الذمة ما لم يكن مضافاً الى ذمّة معيّنة لا يكون موضوعاً لاعتبار الملكية عند العقلاء ، فالعاقد ان لم يجعل العوض في ذمّة معيّنة بطل العقد و ان لحقته الاجازة منه أو من غيره .

و ان أضافه الى ذمّة معيّنة فان كانت ذمّته صحّ العقد له ، و ان كانت ذمّة غيره من دون اذنه كان فضوليّاً و توقّفت صحّته على الاجازة ، كما لو عقد على عين غيره ، و حينئذ لو عقد لنفسه على ما في ذمّة غيره ، كما لو قال : اشتريت هذا لنفسي بدرهم في ذمّة زيد ، أو عقد لغيره على ما في ذمّة نفسه ، كما لو قال : اشتريت هذا لزيد بدرهم في ذمّتي ، امتنع القصد الى المعاوضة مع قصد نفسه في الاوّل و قصد غيره في الثاني ، لما عرفت من تنافي القصدين بتنافي موضوعيهما .

فان ثبت قصد المعاوضة انتفى قصد نفسه في الاوّل و قصد غيره في الثاني ، و ان ثبت قصد ذلك انتفى قصد المعاوضة ، و لا مرجّح لاحد القصدين بعينه كي ينتفي الاخر .

هذا في مقام الثبوت ، أمّا في مقام الاثبات فلا يبعد أن يكون اللام في «لنفسي» و «لغيري» للملك على نحو ما تقدّم في بيع الغاصب لنفسه ، و يحتمل أن تكون لغير الملك بل للتعليل أو نحو ذلك ، كما تقول : اشتريت اللجام للفرس ، فيكون التصرف في قوله : لنفسي و لغيري .

و يحتمل أن لا يكون المقصود المعاوضة بين المالين من الطرفين بل المقصود عوضيّة العوض ، أعني مدخول باء العوض عن المعوّض عنه لا غير ، و حينئذ تكون المعاملة معاوضة في الجملة ، و لا يبعد البناء على صحّتها لعموم وجوب الوفاء بالعقود و ان لم تكن بيعاً .

و على هذا يكون التصرف بقوله : اشتريت ، لعدم قصد الشراء حقيقة لكنه بعيد ، و أقرب منه احتمال أن يكون المراد من قوله : في ذمتي ، في المثال الثاني التعهّد بوفاء الدرهم ، امّا بتحصيله من المالك أو بالدفع عنه تبرّعاً .

و على الاحتمال الاوّل يكون المثال الاوّل من الفضولي ان أجاز زيد لزمه الثمن و ان رد بطل العقد ، و المثال الثاني يكون من غير الفضولي فيصحّ للعاقد سواء ردّ الغير أم أجاز .

و على الاحتمال الثاني يكون العقد في المثالين من الفضولي ، لكنّه ليس بيعاً لعدم كونه معاوضة من الطرفين ، و كذا المثال الثاني على الاحتمال الاخير .

لكن قال في محكي التذكرة فيما لو اشترى الفضولي : «و ان كان في الذمّة لغيره و أطلق اللفظ ، قال علماؤنا : يقف على الاجازة فان أجاز صحّ و لزمه أداء الثمن و ان ردّ نفذ عن المباشر ، و به قال الشافعي في القديم و أحمد ، و انّما يصحّ الشراء لانّه تصرّف في ذمّته لا في مال غيره ، و انّما وقف على الاجازة لانّه عقد الشراء له ، فان أجاز لزمه و ان ردّه لزم من اشتراه ـ الخ ».

و الاشكال فيه ظاهر ممّا عرفت ، اذ لو كان الفرض صورة القصد الى كون الثمن في ذمّته و كون الشراء له بعنوان المعاوضة فهو ممتنع ، و ان كان لا بعنوان المعاوضة كما هو مقتضى الاحتمال الثاني ، فلو قيل

بالصحّة بشرط الاجازة لانّ دخول المال في ملك أحد قهراً عليه خلاف سلطنته على نفسه لكن لو أجاز فكان الشراء له ، لم يكن وجه لالزامه بالثمن، لكون المفروض كون الثمن مجعولاً في ذمة العقد .

و على الاحتمال الاوّل لا يكون من الفضولي ، بل يصحّ بلا اجازة ، و على تقديرها لا يلزمه الثمن ايضاً ، و على الاحتمال الاخير يكون من الفضولي فيصحّ مع الاجازة ، لكن لو ردّ يبطل ، لأنه يكون الثمن في ذمة العاقد ، فانه خلاف ما قصد .

و مثله في الاشكال ما في الشرائع في شراء عامل المضاربة من ينعتق على ربّ المال بغير اذنه و كان الشراء بالذمة : «من وقوع الشراء للعامل الاّ أن يذكر ربّ المال» .

فانّ الظاهر من الشراء بالذمة في المقام الشراء بما في ذمّة المالك لا في ذمّته ، و ان كان ظاهر الجواهر الحمل على الثاني ، لتعميمه ذكر ربّ المال لما اذا كان بمجرّد النية ، لكنّه خلاف الظاهر ، اللّهم الاّ أن يكون القرينة على ذلك لزوم الاشكال المذكور .

و يحتمل أن يكون المراد وقوع الشراء للعامل ظاهراً ، فلو عجز عن اثبات قصده الشراء عن الغير لزمه الثمن في ظاهر الشرع ، لا أنّه يكون الثمن في ذمّته واقعاً .

و اشكل من ذلك توجيهه بأنّ المقصود كون الثمن في ذمّة العاقد و انّما يلزم المجيز دفع الثمن بالاجازة لبناء العاقد على أن يكون الثمن في ذمته و أن يأخذه ممّن قصد كون الشراء له ، فيتعلّق الثمن بذمّة المجيز مترتّباً على تعلّقه بذمّة العاقد و لو ردّ بقي في ذمة العاقد .

توضيح الاشكال أنّ تعيين الذمة انّما هو لتعيين العوض ، فاذا تعيّن العوض بتعيين الذمة أعني خصوص ذمّة العاقد كان المضمون أجنبيّاً عن

الغير فلا معنى لاجازته منه ، و لو سلّم امتنع أن تكون الاجـازة مـوجبة لانقلاب مضمون العقد .

و ان شئت قلت : تحقّق الاجازة مشروط بكون موضوع العقد متعلّقاً بالمجيز ، فيمتنع أن يكون ذلك مشروطاً بالاجازة ، فلاحظ .

الفرع الثاني : جريان الفضولي في المعاطاة

الظاهر جريان الفضولي في البيع المعاطاتي ، بناء على افادته الملك ، اذ لا فرق بين الانشاء القولي و الفعلي فـي صـحة الاضـافة الى المـالك بالاجازة فتشمله حينئذ أدلّة النفوذ .

و دعوى أنّ الاقباض بغير اذن المالك منهيّ عنه و النهي عنه يقتضي الفساد ، مندفعة بامكان حصول المعاطاة بالاعطاء من الاصيل فقط ، كما لو باع الفضولي لغيره بالذمة ، مع أنّه قد يكون نفس الاعطاء باذن المالك و ان لم يكن انشاء التمليك به باذنه ، مع أن النـهي فـي مـثله لا يـقتضي الفساد ، مع أنّ الفساد بمعنى عدم ترتّب الاثر عليه لا يقدح في الصحة على تقدير الاجازة ، كما تقدم نظيره في الاستدلال على البطلان بما دلّ على حرمة التصرف في مال الغير .

و أمّا بناء على افادته للاباحة الشـرعية ، فـيشكل جـريان الفـضولي حينئذ ، بأنّ العمدة في دليل هذه الاباحة الاجماع و ثبوته في الفضولي غير معلوم ، مع أنّه لا يتمّ على الكشف الشمهور ، لامتناع جعل الاباحة في الزمان الماضي ، فلا يمكن أن تكون الاجازة سبباً للحكم بها من حين العقد ، و كذا الاشكال لو كان الملك مسبّباً عن نفس التصرف ، اذ الانشاء الّذي يضاف الى المالك ليس سبباً ، و السبب المؤثّر لا ترتبط به الاجازة و لا تتوقّف مؤثّريته عليها .

و مثله ما لو قيل بالاباحة المالكية ، فان اجازة الاباحة الصادرة من الفضولي بنفسها اباحة مالكية حقيقية ، لا أنّ اباحة الفضولي تكون اباحة مالكيّة بالاجازة.

الكلام في الاجازة و ما يتعلق بها

لا بدّ من التعرض في هذا المقام لامور:

الاوّل: حكمها

و قد اختلف القائلون بصحّة الفضولي بعد اتّفاقهم على توقّفها على الاجازة في كونها ناقلة، يعني موجبة لترتّب الاثر من حينها، أو كاشفة امّا عن تماميّة سببية العقد، أو عن وجود شرط التأثير حينه كالرضا التقديرى، أو وصف التعقّب، أو اللحوق، أو عن نفس الاثر لكونها شرطاً متأخّراً عنه، أو أنّها موجبة لحكم الشارع بثبوت الاثر من حين العقد، أو موجبة لثبوت أحكامه كذلك، وجوه أو أقوال.

الف: بالنظر الى العمومات

وجوه الكشف الحقيقي

۱ ـ ان العقد سبب تامّ في الملك

ظاهر ما عن جامع المقاصد و الروضة من الاستدلال على الكشف بأنّ العقد سبب تامّ في الملك، لعموم قوله تعالى: «اَوْفُوا بِالْعُقُودِ» [1]، تمامه في الفضولي انّما يعلم بالاجازة، فاذا أجاز تبيّن كونه تامّاً يوجب ترتّب الملك.

---

۱ ـ المائدة: ۱.

و فيه انّ العموم المذكور اذا كان يقتضي السببية التامّة للعقد كان اللازم البناء على ترتّب الاثر عليه بلا انتظار الاجازة ، و ان لم يقتض ذلك ، لما عرفت من اختصاصه بالعقد المضاف الى المالك أو لتقييد اطلاقه بما دلّ على اعتبار رضى المالك ، كان اللازم البناء على عدم تماميّة السبب وعلى دخل رضى المالك في ترتّب الاثر عليه فلا يترتب الاثر الاّ بعده .

٢ ـ الشرط هو الرضا التقديري من المالك

ما ذكره المحقق الرشتي قدّس سرّه في اجارته ، من أنّ الشرط هو الرضا التقديري من المالك ، و الاجازة كاشفة عنه ، كما يكشف عنه شاهد الحال .

و فيه ما عرفت في أوائل المبحث ، من عدم كفاية الرضا الفعلي في صحّة عقد الفضولي فضلاً عن الرضا التقديري ، مع أنّ كشف الاجازة غير ظاهر ، لجواز اختلاف الاحوال و الطواريء الموجبة لاختلاف حال المالك من حيث الرضا و الكراهة و الرغبة كما لا يخفى .

٣ ـ الشرط الوصف الانتزاعي منه كالتعقب

ما نسب الى جماعة من الاعلام ، من أنّ الشرط ليس الاجازة المتأخرة ، لامتناع تأخّر الشرط لأنّه من أجزاء العلّة التامة ، و هي ما يمتنع تأخّرها عن المعلول ، للزوم تأثير المعدوم ، بل الشرط الوصف الانتزاعي منه كالتعقب .

و فيه انّ الوصف المذكور قائم بالمتعقّب فلا يكون حاصلاً الاّ عند حصول موضوعه ، فاذا كان المتعقّب معدوماً كان التعقّب كذلك ، فالفرار من شرطية المتعقّب لما يلزم منها من تأثير المعدوم في الموجود الى

شرطية نفس التعقّب فرار من المحذور اليه ، ففي زمان المتقدّم ليس الاّ التقدّم و في زمـان المـتأخّر ليس الاّ التأخـر ، و كـون التـقدّم و التأخّـر متضايفين لا يقتضي وحدتهما زماناً ، بل يقتضي وحدة زمان اعتبارهما بحيث مهما اعتبر التقدّم اعـتبر التأخّـر و بـالعكس ، و لو مـع اخـتلاف العنوانين زماناً .

و لو سلّم حصول نفس التعقّب حال العقد لكونه انتزاعيّاً يجوز انتزاعه من المتأخّر ، أعني نفس الاجازة ، فاذا أمكن انـتزاع مـثله مـن المـتأخّر المعدوم حـال الانـتزاع أمكـن ايـضاً انـتزاع مـثل المـلكيّة مـن الاجـازة المتأخّرة ، و اذا امتنع ذلك امتنع انتزاع التعقّب من الاجازة ، فالفرار مـن أحدهما الى الآخر لا داعي اليه أو لا مصحّح له .

مضافاً الى أنّ مقتضى ذلك جواز التصرّف بـمجرّد وقـوع العـقد مـن الفضولي ، و هو مخالف لما دلّ على اعتبار اجازة المالك ، سواء أكان ما دلّ على اعتبار الرضا أو اختصاص عموم نفوذ العقد بما هو مضاف الى المالك لا مطلقاً ، على ما عرفت في أدلّة الصحة .

٤ ـ الشرط هو نفس الاجازة

ما يظهر من الجواهر ، من أنّ الشرط نفس الاجازة و لو كانت متأخرة ، و امتناع تأخّر الشرط عن المشروط في العلل العقلية لا يقتضي امتناعه في العلل الشرعية ، بل المدار على جعل الشارع فقد يقتضي مـا يشـبه تقديم المسبّب على السبب ، كما في غسل الجـمعة يـوم الخـميس [1] ،

---

١ ـ عن محمد بن الحسين ، عن بعض أصحابه ، عن أبي عبدالله عليه‌السلام قال : قال لاصحابه : انكم تأتون غداً منزلاً ليس فيه ماء فاغتسلوا اليوم لغـد ، فـاغتسلنا يـوم الخـميس للـجمعة (التهذيب ١:٣٦٥، عنه الوسـائل ٣:٣١٩).

فضلاً عن تقديم المشروط على شرطه.

قال ﵀: لو أخبر المعصوم ﵇ بأنّه يحصل الرضا من المالك الّذي يؤثّر رضاه كفى ذلك في ترتّب الآثار الآن عليه، لتحقّق الشرط حينئذ كتحقّقه بنفس وقوعه، اذ الشرط الحصول فعلاً و لو في المستقبل، و لا ريب في تحقّق الحصول في المستقبل بالاخبار، لانّ مثل هذا الشرط لا بأس بحصول مشروط قبله بعد أن كان من الاوضاع الشرعية الّتي منها ما يشبه تقدّم المعلول على العلة.

و ما ذكره ﵭ و ان كان صحيحاً في نفسه، اذ الشرط في مثل المقام لا يراد منه معنى الشرط باصطلاح أهل المعقول، أعني ما له دخل في قابلية المقتضي أو الاثر، في قبال المقتضي الّذي يستند اليه الاثر، بل يراد منه ما اخذ قيداً للمشروط بحيث يكون التقييد به منافياً لاطلاقه، فمعنى شرط الوجوب كونه مقيّداً به الوجوب لا بمعنى كونه دخيلاً في وجوده.

بحث في الامور الاعتبارية

اذ الوجوب من أفعال الموجب الاختيارية، و العلية التامة في الفعل الاختياري ارادة الفاعل فلا تحتاج في تأثيرها الى شرط كي يتوهّم أنّ شرط الوجوب شرط بذلك المعنى.

نعم لمّا كان تعلّق الارادة بالفعل الاختياري موقوفاً على ترجّحه في نظر الفاعل المختار الناشيء ذلك الترجّح من دخل الفعل في الغرض المجبوب، فقد يكون الوجود بقول مطلق راجحاً في نظر الفاعل و مترتّباً عليه الغرض، و قد لا يكون كذلك الاّ على تقدير دون تقدير، فان كان الاوّل تعلّقت به مطلقاً فيكون وجوباً مشروطاً، و التقدير الّذي يكون

الترجيح معلّقاً عليه قد يكون سابقاً ، و قد يكون مقارناً ، و قد يكون أعمّ من السابق و اللاحـق و المـقارن ، و اخـتلاف هـذه الاحـوال بـاختلاف الاغـراض و مـحصّلاته ، و كـذا الاحـال فـي سـائر الاحكـام التكـليفية و الوضعية .

فقد يختصّ التقدير بـالسابق ، كـما لو قـيل : يـحرم التـزويج بـامرأة أرضعتك ، فان الرضاع سابق على زمان الحرمة و معدوم حالها ، و قـد يختصّ باللاحق لا غير ، كما لو قيل : يجب عليك شـرب الدواء الّـذي ينفعك ، و قد يختصّ بالمقارن ، كما لو قيل : يحرم شرب الماء اذا كان نجساً .

و كذا نقول في المقام : لا مانع من أن يجعل الشارع الملكية في حال العقد اذا كان يُجاز و لو لاحقاً ، اذ الاجازة ليست دخيلة في الملكيّة بل تمام العلية فيها هو ارادة الجاعل لا غير ، و التقييد بها انّما نشأ من عدم ترتّب الغرض المقصود من جعل الملكية الاّ في ظرف تكون هناك اجازة و لو متأخّرة ، فان كانت الاجـازة مـوجودة فـي الزمـان المـتأخّر كـانت الملكية السـابقة عـليها مـوضوعاً للـغرض و الاّ فـلا ، نـظير المـركّبات التدريجيات .

فانّ الجزء الاوّل انّما يترتّب عليه الغرض في ظـرف وجـود الاجـزاء اللاحقة ، و لذا لا تتعلّق الارادة بكلّ جزء مستقلّ بل انّما تتعلّق بـه فـي ضمن ارادة الباقي ، اذ فـي حـال عـدم بـعض الاجـزاء لا يكـون الجـزء موضوعاً للغرض ، فيمتنع تعلّق الارادة به لعدم الترجيح ، فالملكيّة حال العقد انّما تكون موضوعاً للغرض الموجب ذلك لترجّـحها فـي ظـرف وجود الاجازة و لو متأخّرة لا مطلقاً ، و لذلك كانت شـرطاً للـعقد فـي حصول الملكيّة حاله .

فالبناء على امتناع الشرط المتأخّر الشرعي قياساً على الشرط العقلي المقابل للمقتضي غير ظاهر، و كأنّ المنشأ في ذلك توهّم كون الشرط في المقام بمعنى الشرط العقلي، و هو غير ظاهر.

و أمّا ما ذكره بعض الاعاظم قدس سره في وجه امتناع تأخّر الشرط في المقام، من أنّه لو ثبت الحكم مع تأخّر الشرط لزم ثبوت الحكم بلا موضوع، لانّ الشرط المعلّق عليه الحكم في الحقيقة قيد للموضوع ينتفي بانتفائه الموضوع.

ففيه انّه انّما يتمّ لو لوحظ الشرط المعلّق عليه الحكم مقارناً، أمّا لو لوحظ لاحقاً فانتفاؤه الموجب انتفاء الموضوع هو انتفاؤه في ظرفه، فاذا قال: يجب الحجّ على من يستطيع غداً، فالموضوع الشخص الّذي تتحقّق له الاستطاعة في المستقبل، فاذا وجد شخص و علم بأنّه تكون له الاستطاعة في المستقبل كان ذلك تمام موضوع الحكم، لانّ موضوعه الذات المضاف الى القيد المتأخّر و هو حاصل، و تأخّر القيد لا يوجب تأخّر الاضافة، فاذا كانت الاضافة حاصلة كان المضاف حاصلاً، فيثبت له الحكم، و لا يكون من ثبوت الحكم بلا موضوع، كما أشار الى ذلك في الجواهر.

و من ذلك يظهر لك النظر في بعض كلمات بعض الاعاظم قدس سره، على ما في تقريرات درسه الشريف، فلاحظ.

لكن الالتزام في المقام بما ذكره في الجواهر خلاف ظاهر أدلة اعتبار الاجازة و الرضا كما عرفت في سابقه.

٥ـ الكشف الانقلابي

ما يظهر من الاستدلال بأنّ الاجازة رضا بمضمون العقد، و هو النقل

من حينه ، فمقتضى حكم الشارع الاقدس حين الاجازة بصحة العقد هو الحكم حين الاجازة بثبوت المضمون من حين العقد .

و اشكل عليه شيخنا الاعظم رحمه الله بمنع كون مضمون العقد هو النقل من حينه ، بل نفس النقل مجرّداً عن ملاحظة زمان خاص .

و قد يشكل ذلك بأنّه يصحّ قولنا : بعتك غداً ، بنحو يكون المقصود انشاء البيع في المستقبل ، فمع عدم التقييد بالزمان المستقبل امّا أن يكون المقصود انشاء مطلق البيع الشامل للحالي و الاستقبالي ، أو المبهم المردّد بينهما ، أو خصوص الحالي أو خصوص الاستقبالي ، و الاوّل ممتنع ، لانّ المنشأ جزئي حقيقي لا يصلح للانطباق على فردين ، و كذا الثاني لانّ المبهم ليس موضوعاً للاثر مع أنّه لا معيّن له في فرد بعينه ، و الحمل على الاخير بلا قرينة فيتعيّن الثالث ، لانّ عدم القرينة على غيره يقتضي الحمل عليه .

و فيه انّ المقصود من قولنا : بعتك غداً ، ان كان تقييد البيع بالغد فذاك ممتنع لخروج القيد عن الاختيار الموجب لخروج المقيّد به عنه ، و ان كان تعليق البيع على مجيء الغد كما في سائر موارد التعليق فهو و ان كان صحيحاً عرفاً بل شرعاً في بعض الموارد كالتدبير و الوصية التمليكية ، لكنّه مع عدم التعليق يكون المنشأ غير معلّق لا أنّه يكون مقيّداً بالزمان الحالي .

نعم مقتضى كون المنشأ غير معلّق أن يكون الانشاء ايجاداً له في الحال ، و فرق بين كون المنشأ في الحال و كونه مقيّدا بالحال على نحو يكون زمان الحال داخلاً في المضمون المنشأ ، مع أنّه لو كان داخلاً في المضمون اقتضى ثبوت المضمون في زمان الايجاب ، لانّ القبول ليس الاّ امضاء للايجاب فهو تابع له ، فتحديد المضمون انّما يتكفّل به الايجاب

لا غيره ، فلو كان مقيّداً بزمان الحال كان مقتضى القبول امضاءه بقيده .

اللّهم الاّ أن يقال : لمّا كان القبول مقوّماً للعقد في نظر العرف يتعيّن أن يكون مقصود الموجب الايقاع بعد القبول ، فتأمّل .

و ايضاً لو كان المضمون النقل من حينه لكان مقتضى الفسخ رفع المضمون من حينه ، اذ الفسخ ليس الاّ حلّ العقد و رفع مضمونه .

اللّهم الاّ أن يقال : اضافة الفسخ الى العقد مبنيّة على العناية ، اذ العقد من الامور الحقيقية غير القارّة فلا يقبل الحلّ ، فموضوع الفسخ في الحقيقة نفس المضمون لكن المضمون و هو النقل مثلاً من حينه لمّا كان مستمرّاً بذاته بلا جعل من المتعاقدين و كان الفسخ رافعاً لاستمراره بحسب الارتكاز العرفي كان الفسخ كأنّه وارد على العقد و موجب لانحلاله ، و رفع المضمون من أصله و ان كان أنسب في نسبته الى العقد لكنّه خلاف المرتكز العرفي ، فانّ المرتكز عند العرف أنّه رافع لاستمرار المضمون لا أصل المضمون ، سواء أكان النقل من حينه أو صرف النقل ، فتأمّل جيّداً .

و قد استشكل شيخنا الاعظم ﷺ على الاستدلال المذكور ثانياً بما حاصله : انّ وجوب الوفاء بالعقود انّما يصحّ تطبيقه بعد الاجازة لاختصاص موضوعه أعني العقد بعقد المالك ، و الاضافة الى المالك انّما تكون بالاجازة ، و حينئذ يمتنع الحكم بثبوت المضمون حين العقد ، لانّ الملكية انّما تنتزع من التكليف بوجوب الوفاء و حرمة التصرف و نحوهما ، فلا يمكن اعتبار الملكيّة في زمان قبله .

و فيه اوّلاً : انّ المحقّق في محلّه أنّ الملكية و نحوها ليست منتزعة من التكليف ، لأنّها مأخوذة في موضوعه فتكون متقدمة عليه رتبة ، فلو انتزعت منه كانت متأخّرة عنه .

و ثانياً : لو سلّم الانتزاع على النحو المذكور فغاية ما يقتضي امتناع تقدّم اعتبار الملكية على ثبوت التكليف لا امتناع تقدّم نفس الملكية عليه، فتكون الاجازة موجبة لتوجّه التكليف بالوفاء الّذي هو منشأ اعتبار الملكيّة السابقة، و لا يحتاج اثبات ذلك الى دليل غير عموم وجوب الوفاء و نحوه.

هذا، و عبارة شيخنا في تقريب هذا الاشكال لا تخلو من غموض، فانّها توهّم أن يكون غرض المستدلّ من قوله : انّ الاجازة متعلّقة بالعقد هو رضا بمضمونه، أنّ الاجازة تنفيذ تشريعي نظير اجازة الشارع لا مجرّد الرضا بمضمون العقد كما هو شأن الاجازة المالكية، مع أنّ ذلك لا توهّمه عبارة المستدلّ فضلاً عن أن تكون ظاهرة فيه، بل لا يمكن توهّمه من أحد.

و قد استشكل شيخنا الاعظم رحمه الله ثالثاً على الاستدلال المذكور بعدم معقولية نفوذ العقد من حينه بعد الاجازة، لانّ العقد الموجود على صفة عدم التأثير يستحيل لحوق صفة التأثير له، لاستحالة خروج الشيء عمّا وقع عليه، فاذا دلّ الدليل على ذلك تعيّن صرفه الى نفوذ العقد من حينه حكماً لا حقيقة.

و فيه انّه انّما يتمّ لو كان الاثر المقصود من نفوذ العقد حقيقيّاً و ليس كذلك، اذ الملكية و نحوها من آثار العقد اعتباريات محضه، و في مثلها لا مانع من اعتبارها بعد الاجازة لموضوع العقد من حينه، بأن يحكم من حين العقد الى حين الاجازة بعدم نفوذ العقد و بقاء كلّ من العوضين على ملك مالكه، و بعد الاجازة يحكم بانتقال كلّ من العوضين الى ملك مالك الآخر من حين العقد، لجواز اختلاف الاعتبار باختلاف المنشأ الموجب لاختلاف العنوان المصحّح لاختلاف الامر المعتبر.

مثلاً لو شكّ عند الزوال في طهارة ماء كان أصل الطهارة موجباً لاعتبار طهارته ، و بعد الوضوء به أو غسل العضو النجس به اذا قامت البيّنة على نجاسته قبل الزوال فحينئذ يرجع الى استصحاب النجاسة الى حين الزوال ، فيكون محكوماً بالنجاسة حينئذ بعد ما كان محكوماً بالطهارة ، فالماء الواحد في زمان واحد محكوم في وقت بطهارته و في وقت آخر بنجاسته ، و لا مانع في مثله من خروج الشيء عمّا كان عليه ، لما عرفت من اختلاف الطواريء الموجب لاختلاف العناوين الموجب لاختلاف الاعتبار .

نعم يمتنع ذلك في الاحكام التكليفية ، لانّ الغرض منها و هو الزجر و البعث لايحصل لخروج الزمان الماضي عن محلّ الابتلاء ، فلايصحّ أن يقال في مقام الانشاء : الفعل في أمس واجب أو حرام ، و لايقاس عليها الاحكام الوضعية لترتّب الاثر عليها و لو بلحاظ الزمان الحالي أو الاستقبالي .

هذا ، مضافا الى أنّه لو تمّ عدم المعقولية كان الواجب خروج الفرد عن حكم العام لا الحمل على النفوذ الحكمي ، فانّه تصرّف غير عرفي و لا قرينة عليه ، نعم لو قام دليل بالخصوص على صحّة العقد كذلك بعد الاجازة تعيّن حمله على ما ذكر ، لأنّه خاصّ لا يقبل التخصيص ، لكنّه غير مفروض البحث .

و من هنا تعرف أنّ الكشف الحكمي ضعيف المأخذ جدّاً ، كما تعرف أنّ الكشف الانقلابي في محلّه ، بناء على أنّ مفاد العقد ثبوت مضمونه من حينه ، لكن عرفت اشكاله .

و من هنا يشكل القول به بالنظر الى العمومات ، اذ هي لاتدل على أكثر من نفوذ العقد في مضمونه .

اللّهم الاّ أن يقال : زمان العقد و ان لم يؤخذ قيداً للمضمون لكن من المرتكزات العرفية كون المضمون من آثار العقد و مسبّباً عنه على نحو المسبّبات الحقيقية الناشئة عن أسبابها ، من كونها مقارنة لها غير منفكّة عنها ، و هذا الارتكاز العرفي موجب لحمل العمومات على تنفيذه على النحو المذكور ، فاذا كانت الاجازة مصحّحة لتطبيق العمومات على العقد كان مقتضاها النفوذ من حينه لا من حين الاجازة ، و هذا قريب جدّاً .

و من ذلك تعرف أنّ الكشف الحقيقي الانقلابي أقوى من النقل من سائر وجوه الكشف فهو المتعين ، و بعده النقل ، و بعده الكشف على الوجه الرابع .

ب : بالنظر الى الاخبار الخاصة

هذا كلّه بالنظر الى العمومات ، و أمّا بالنظر الى الاخبار الخاصة ، فرواية عروة على تقدير تماميّة دلالتها ظاهرة في الكشف الحقيقي ، اذ أخذ الدينار و تسليم الشاة لا يناسب الكشف الانقلابي و لا الحكمي فضلاً عن النقل ، و صحيحة محمد بن قيس ظاهرة في الكشف المردّد بين وجوهه في قبال النقل ، لانّ أخذ الولد مجّاناً لا يناسب النقل ، و كذا روايات المضاربة و الاتّجار بمال اليتيم على ما يأتي بيانه في ثمرة الكشف و النقل .

و قد يستشهد بصحيحة أبي عبيدة الواردة في تزويج الصغيرين فضولاً الآمره بعزل الميراث من الزوج الّذي بلغ فأجاز فمات الزوجة غير

البالغة حتّى تبلغ و تحلف [١] ، اذ بناء على النقل يكون عزل الميراث تصرّفاً في مال الوارث بغير سلطنته ، و هو خلاف قاعدة السلطنة ، أو في مال الميت كذلك ، بناء على بقائه على ملك الميت المخالف ايضاً لعموم أدلّة المواريث .

أمّا بناء على الكشف فلا مخالفة فيه لذلك لتردّد المال بين كونه ملكاً للزوجة و كونه ملكاً للوارث ، فيكون في عزله تقديم احتمال كونه للزوجة احتياطاً في المال ، و هو و ان كان منفيّاً لاصالة عدم الاجازة لكن لا يختصّ بالكشف بل جار على النقل ايضاً .

و فيه انّ تمامية الاستشهاد مبنية على جواز التمسك بالعام في عكس نقضه ، و المحقق في محله عدمه .

و من ذلك يظهر عدم تمامية التمسك بها للكشف الحقيقي في قبال الكشف الانقلابي ، من جهة لزوم المخالفة في الثاني للقواعد المتقدمة ، فلاحظ و تأمّل .

---

١ ـ عن أبي عبيدة الحذاء قال : سألت أبا جعفر عليه السلام عن غلام و جارية زوجهما وليان لهما يعنى غير الاب و هما غير مدركين ؟ فقال : النكاح جائز، و أيهما ادرك كان على الخيار ، و ان ماتا قبل أن يدركا فلا ميراث بينهما و لا مهراً ـ الى أن قال : ـ فان كان الرجل الذي قبل الجارية و رضي بالنكاح ثم مات قبل أن تدرك الجارية أترثه ؟ قال : نعم ، يعزل ميراثها منه حتّى تدرك فتحلف بالله ما دعاها الى أخذ الميراث الا الرضا بالتزويج ، ثم يدفع اليها الميراث و نصف المهر ـ الحديث (الكافي ٥:٤٠١، عنه الوسائل ٢١:٣٢٦) .

الثمرة بين النقل و الكشف

بقي الكلام في بيان الثمرة بين الكشف على وجوهه و النقل ، و تظهر في أمور :

١ ـ من حيث جواز التصرف في المبيع اذا علم أن المجيز يجيز العقد

جواز التصرّف لكلّ منهما فيما انتقل اليه على تقدير العلم باجازة المالك ، فعلى الوجوه الثلاثة الاول للكشف يجوز التصرف لأنّه ملكه ، و على الكشف الانقلابي و الحكمي و النقل لا يجوز لعدم انتقاله حينئذ فيكون تصرفا في مال الغير .

و لو وطيء الجارية الّتي اشتراها من البائع الفضولي فاستولد كانت أمّ ولد على جميع وجوه الكشف ، فانّها و ان لم تكن ملكاً له حال الوطء بناء على الكشف الانقلابي و الحكمي ، لكن بعد الاجازة صارت محكومة بأنّها ملكه حين الوطء حقيقة أو حكماً ، فيكون الاستيلاد في الملك الحقيقي أو الحكمي فيجري عليه حكمه ، نعم بناء على النقل لا تكون امّ ولد بل لايلحق به الولد ، لأنّه زان لعدم كونها ملكاً الاّ بعد الاجازة حينها .

و من ذلك تعرف الاشكال في كلام شيخنا الاعظم رحمه الله ، فراجع .

٢ ـ في حكم تصرفات المال المجيز في العين التي بيعت فضولة

نقل المالك العين الى غيره قبل الاجازة ، فعلى النقل لا أثر للاجازة لأنّها من غير المالك ، فلا مانع من النقل فيصحّ ، و على الكشف الحقيقي يبطل النقل ، لأنه من غير المالك ، و كذا على الكشف الانقلابي ، اذ عليه يحكم بعد الاجازة بأنّ المنقول ملك لغير الناقل ، فلا يكون النقل من المالك ، و كذا على الكشف الحكمي ، لانّ الحكم بكون النقل من غير المالك مقتضٍ لبطلانه .

و دعوى أنّ الجمع بين الحكم بصحة النقل و صحة الاجازة يقتضي الانتقال الى القيمة فيضمن المجيز القيمة لانّ نقله للمال اتلاف له على مالكه نظير النقل قبل فسخ ذي الخيار ، مدفوعة بأنّه لو تمّ التزاحم بين الامرين فانّما هو في العين و مقتضاه التساقط لا الرجوع الى القيمة ، و لو سلّم فلا وجه ظاهر لتعيّن الجمع بذلك ، اذ كما يمكن ذلك يمكن ايضاً أن يكون بدفع القيمة الى مشتري العين من المالك لا من الفضولي .

و القياس على فسخ ذي الخيار بعد نقل العين غير ظاهر ، لانّ الفسخ تتعلّق بالعقد من حينه لا من حين العقد و الاجازة متعلّقة به من حينه كما هو مقتضى الكشف الحكمي لا من حينها كما هو مقتضى القول بالنقل ، فاذا وجب ترتيب حكم المضمون من حين العقد وجب الحكم بكون نقل المالك وارداً على مال الغير ، و مقتضاه بطلان النقل لا ضمان المنقول بقيمته .

و المتحصل أنّه لو بني على صحّة الاجازة وجب البناء على بطلان نقل المالك للعين ، من غير فرق بين وجوه الكشف حتّى الكشف الانقلابي و الحكمي ، لكن البناء على صحّة الاجازة غير ظاهر ، اذ بعد نقل المالك

العين الى غيره يكون أجنبيّاً عن العين فلا دليل على نفوذ اجازته فيكون النقل رافعاً لموضوع الاجازة، فيصحّ النقل و تبطل الاجازة من غير فرق بين القول بالنقل و القول بالكشف الانقلابي و الحكـمي و غـيرهما مـن وجوه الكشف.

نعم بناء على كفاية الرضا التقديري و كشف الاجازة عنه لا فرق بين الاجازة من المالك قبل حصول النقل منه و بينها بعده، و عليه يتعيّن القول ببطلان النقل و صحة الاجازة.

ثمّ انّه لا فرق في ذلك بين نقل المالك ماله الى غيره و بين عتقه و اتلافه و نحوهما من موانع تملّك العوض بالعقد الفضولي.

و ممّا ذكرنا يظهر لك النظر في كلمات شيخنا الاعظم ﷺ، فراجع.

٣ـ في تصرفاته في النماء الحادث قبل الاجازة

النماء الحادث قبل الاجازة، فعلى النقل هو لمن انتقلت عنه العين لأنّه نماء ملكه، و على الكشف هو لمن انتقلت اليه العين لأنّه نماء ملكه، من غير فرق ايضاً بين الكشف الانقلابي و الحكمي و غيرهما، اذ على الاوّل يحكم بعد الاجازة بأنّه ملك لمن انتقلت اليه من حين حدوثه، و على الثاني يحكم بعد الاجازة بأنّه ملك له بعدها، لأنّه من آثار ملكيّته لاصله حال حدوثه، و على باقي الوجوه يحكم قبل الاجازة حال حدوثه بملكيّته له تبعاً لملكية أصله.

قال في الروضة: «و تظهر الفائدة في النماء، فان جعلناها كاشفة فالنماء المنفصل المتخلّل بين العقد و الاجازة الحاصل من المبيع للمشتري و نماء الثمن المعيّن للبائع، و لو جعلناهما ناقلة فهما للمالك المجيز ـ انتهى».

و كأنّ مورد كلامه فرض الفضوليّة من الطرفين، كما ربّما يقتضيه صدر عبارته ، فلاحظ .

۴ ـ في فسخ الاصيل لانشائه قبل اجازة الآخر

فسخ الاصيل لانشائه قبل اجازة الآخر ، فانّه يكون مبطلاً له ، لما حكي من الاجماع على جواز ابطال أحد المتعاقدين لانشاء صاحبه ، بل قبل تماميّة شرائط صحة العقد كالقبض فيما يعتبر فيه القبض ، و بناء على الكشف لايكون مبطلاً به .

نعم قد يشكل بعدم تماميّة المبنى ، اذ المقدار الممكن تسليمه جواز الابطال قبل انشاء الآخر لعدم صدق العقد عرفاً حينئذ لا جوازه قبل تماميّة شرائط الصحة ، فانه خلاف اطلاق الادلّة من دون ثبوت مقيّد ، مع أنّه لا يتمّ بناء على الكشف الانقلابي أو الحكمي ، لكون الاجازة عليهما من شرائط الصحة ، بل و على الكشف على نحو الشرط المتأخّر لعدم تحقّق الشرط و هو الاجازة .

اللّهم الاّ أن يكون المراد جواز الابطال قبل تحقّق الاثر ، و على هذا القول يكون الاثر مترتّباً حال العقد ، لكن ثبوت الاثر مع احتمال قدح الفسخ غير معلوم .

۵ ـ في تصرفات ما انتقلت العين اليه

تصرّف الاصيل فيما انتقل عنه ، فانّه يجوز بناء على النقل لأنّه ملكه ، و ما عن جامع المقاصد من: «أنّه لا يجوز للبائع و لا للغاصب التصرف في العين لامكان الاجازة ، و لا سيما على القول بالكشف ـ انتهى» ، غير ظاهر ، فانّ المال لمّا لم يخرج عن ملك الاصيل بناء على النقل لا يكون

العلم بلحوق الاجازة مانعاً عن جواز التصرف فضلاً عن احتماله .

و أمّا على الكشف فالّذي يستفاد من كلام جماعة و ظاهر آخرين عدم جواز التصرّف كما ادّعاه شيخنا الاعظم رحمه‌الله و اختاره ، بناء على المشهور في معنى الكشف من كون الاجازة شرطاً لكون العقد السابق بنفسه مؤثّراً تامّاً ، فيكون موضوع وجوب الوفاء نفس العقد غير مقيّد بالاجازة متمسّكاً على ذلك بعموم وجوب الوفاء بالعقد ، فانّه يقتضي لزومه على الاصيل و حرمة نقضه من جانبه .

و فيه انّ الوفاء بالعقد ليس الاّ عبارة عن العمل بمقتضاه و الجري على مضمونه ، فاذا فرض أنّ الاجازة شرط في مؤثّرية العقد و في حصول مضمونه و أنّها مشكوكة التحقّق فقد شكّ في ثبوت مضمونه و تحقّقه فكيف يمكن العلم بالحكم المذكور مع الشك في ثبوت موضوعه .

و لا فرق في ذلك بين أن تكون الاجازة قيداً للعقد الواجب الوفاء به و أن تكون قيداً لمؤثّريته ، فانّ قيد الموضوع المنوط به الحكم قيد للحكم ، لانّ الحكم المنوط بموضوع مقيّد منوط بقيده ايضاً .

فالفرق بين أن تكون الاجازة قيداً للعقد الواجب الوفاء و أن تكون قيداً لوجوب الوفاء بجواز التصرّف على الاوّل و حرمته على الثاني غير واضح .

عدم جواز التمسك في عدم جواز تصرف الاصيل بآية وجوب الوفاء بالعقد

نعم الاستدلال بالعموم المذكور يتوقّف على أمور :

الاول : أن يستفاد منه الحكم التكليفي ، لا أنّ مفاده مجرّد الارشاد الى نفوذ العقود و ترتّب مضامينها .

الثاني : أن يكون موضوع الوفاء نفس العقد لا موضوعه كالبيع و نحوه ،

و لا هو بلحاظ ترتّب موضوعه .

الثالث : أن يكون الرضا شرطاً لوجوب الوفاء بـالاضافة الى الراضـي لا مطلقاً .

اذ لو انتفى الاوّل لا موجب لحرمة التصرف مع عدم ترتّب المضمون قبل الاجازة كما هو المفروض ،كما أنّه لو كان موضوع الوفاء هو مضمون العقد أو نفس العقد بلحاظ ترتّب مضمونه انتفى بانتفائه قبل الاجـازة ، كما أنّه لو كانت الاجازة شرطاً لوجوب الوفاء بالاضافة الى المتعاقدين معاً فمع انتفائها من أحدهما ينتفي وجوب الوفاء بـالاضافة الى الآخـر ايضاً .

هذا ، و لكن اثبات الاوّل في غاية الاشكال ، فـانّ تـصرّف البـائع فـي المبيع حرام بما أنّه مال الغير ، فاذا حرم ايضاً بما أنّه ترك وفاء بالعقد لزم أن يكون حراماً من وجهين، و هو كما ترى بعيد ، بل يلزم أن يكون دفع البائع المبيع الى المشتري بما أنّه ماله لا بعنوان الوفاء بالعقد ليس اطاعة لوجوب الوفاء بالعقد و ليس وفاء بالعقد ، و هو خلاف الارتكاز جدّاً ، لا أقلّ من أن يكون هذا المقدار قرينة على حمل الكلام على الارشاد الى صحّة العقود و نفوذها من دون أن يكون تكليف أصلاً .

و كذا الاشكال في ثبوت الثاني ، لانّ العقود من حيث هي مع قطع النظر عن موضوعاتها و مضامينها ليس الاّ أحكام اقتضائية لموضوعاتها من بيع أو اجارة أو تزويج ، فوجوب الوفاء بها امّا أن يكـون المـراد بـه الوفـاء بمضمونها ،كما في قوله تعالى : « يُوفُونَ بِالنَّذْرِ » [1] ، و قوله تعالى : « وَ مَنْ

---

١ ـ الانسان : ٧.

أَوْفىٰ بِمٰا عٰاهَدَ عَلَيْهُ اللّٰهُ فَسَيُؤْتيهِ أَجْراً عَظِيماً» [١].

أو المراد به الوفاء بنفس العقد بلحاظ ترتّب مضمونه عليه ، يعني : اذا عقدتم ثبت ما تعاقدتم عليه فوجب الوفاء بـالعقد ، و ليس المـراد : اذا عقدتم وجب ترتيب أحكام المضمون و ان لم يترتّب ، فانّه خلاف الظاهر جدّاً ، بل يمكن منع صدق الوفاء حينئذ ، فانّ العقد اذا كـان مـوضوعه تمليك مال الاصيل لغيره .

فاذا فرض عدم حصول الملك و بقاء المال على ملك الاصيل فتسليم المال المذكور الى المشتري ليس وفاء بالعقد ، لأنه لم يجعله على نفسه ، و لم يتعهّد بدفع مال نفسه الى المشتري ، اذ الحكم الاقتضائي للبيع دفع مال المشتري اليه لا دفع مال البـائع ، و كـذا الحـال فـي بـقية الاحكـام الاقتضائية مثل حرمة التصرف ، فانّ ما يكون وفاء ترك التصرف في مال المشتري لا في مال نفسه ، فتطبيق الوفاء حقيقة انّما يكـون فـي ظـرف ثبوت المضمون ، و لذا استفيد من العموم المذكور صحّة العقود و ترتّب مضامينها ، و يكون الدليل الدالّ على شـرائـط الصـحة تـقييداً للـعموم المذكور .

و أمّا الامر الثالث فغير بعيد ثبوته ، فانّه لو ثـبت كـون مـفاد العـموم الحكم التكليفي و أنّ موضوع الوفاء نـفس العـقد فـما دلّ عـلى اعـتبار الاجازة انّما يدلّ على اعتبارها في وجـوب الوفـاء عـلي مـن له وظـيفة الاجازة ، فلو كان أحد المتعاقدين أصيلاً توجّه اليه وجوب الوفاء و لو لم يجز الآخر بعد ، وكون وجوب الوفاء بالنسبة الى المتعاقدين ارتباطيّاً خلاف ظاهر العموم في مثل المقام من موارد مـقابلة الجـمع بـالجمع ، فلاحظ .

---

١ ـ الفتح : ١٠.

و لو تمّ اثبات الامور الثلاثة لا فرق في حرمة تصرّف الاصيل في ماله بين القول بالنقل و الكشف على اختلاف وجوهه، حتّى لو كان الشرط هو التعقّب، لانّ شرطيّته لوجوب الوفاء انّما هو بالاضافة الى المالك المتوقّع اجازته لا بالاضافة الى الاصيل.

و من ذلك تعرف مواقع النظر و الاشكال في كلمات شيخنا الاعظم رحمه الله، فلاحظ و تأمّل.

عدم الفرق في جواز الفسخ بين البيع و سائر العقود

قال العلامة في القواعد في فصل الاولياء: «و لو تولّى الفضولي أحد طرفي العقد ثبت في حقّ المباشر تحريم المصاهرة، فان كان زوجاً حرم عليه الخامسة و الاخت و البنت و الامّ، الاّ اذا فسخت على اشكال في الامّ».

و قال المحقق الثاني في شرح العبارة: «و التحقيق أنّ المباشرة من أحد الاطرفين لا تقتضي ثبوت النكاح من ذلك الطرف، فانّ النكاح أمر واحد نسبي لايعقل ثبوته الاّ من الجانبين، و انّما قلنا انّه يلزم في حقّ المباشر بناء على أنّ الاجازة كاشفة عن ثبوت العقد و لزومه من حين وقوعه كما أنّ عدمها كاشف عن عدم ذلك، فلو فسخ المباشر ثمّ أجاز الآخر بينا أن فسخه وقع بعد ثبوت العقد و لزومه فلم يؤثّر شيئاً، و الحكم بحرمة المصاهرة انّما كان لانّ العقد الواقع نقل عن حكم الحلّ الّذي كان قبله و ان كان سببيّته و عدم سببيّته الآن غير معلومة، فلم يبق حكم الاصل كما كان.

و مثله ما لو اشتبهت الزوجة المعقود عليها عقداً صحيحاً لازماً بغيرها، فانّ تحريم المصاهرة ثابت بالنسبة اليهما معاً، و كذا القول فيما

لو اشتبه الطاهر بالنجس ، و الحلال بالحرام ، و بهذا البيان يظهر أنّه مع الفسخ يتبيّن أنّه لا عقد أصلاً ، فلا تحريم أصلاً ، و هذا هو الصحيح ـ انتهى ».

و كلامه ﵀ يدلّ على أنّ البناء على حرمة المصاهرة ليس للزوم الوفاء بالعقد بل لامر آخر ، و ان كان هو ايضاً محلّ نظر ، و سيعترف به في الجملة .

و قال في القواعد في فصل المصاهرة : « و هل يشترط يعني في التحريم لزومه مطلقاً أو من طرفه أو عدمه مطلقاً نظر ، فلو عقد عليه الفضولي عن الزوجة الصغيرة ففي تحريم الامّ قبل الاجازة أو بعد فسخها مع البلوغ نظر ـ انتهى ».

و قال في جامع المقاصد ما حاصله : «ان بنينا على كون الاجازة ناقلة فالّذي يقتضيه صحيح النظر عدم التحريم ، و ان قلنا أنّها كاشفة فالتحريم الواقعي تابع للاجازة و قبل حصولها ينبغي الحكم بالمنع من باب الاحتياط ، نظير ما لو عقد لامرأة على اثنين و التبس العقد السابق ، أو التبست المعقود عليها بغيرها ، و ان كان بينهما و بين المقام فرق لثبوت السبب التام فيهما بخلاف المقام ، فالاحتياط التحريم و ان كان الطرف الآخر لا يخلو من وجه ».

و فى كشف اللثام استوجه التحريم من طرف الاصيل ، لصدق العنوان المحرّم .

و فيه المنع الواضح ، اذ بعد عدم ترتّب الاثر على مجرّد الايجاب من طرف الاصيل كيف يصدق : أمّهات نسائكم ، و نحوه من العنوانات المحرّمة ، و من الغريب أنّه في شرح العبارة الاولى نفى الاشكال في تحريم الخامسة و الاخت اذا كان المباشر الزوج ، مع أن مصنّفه في

العبارة الثانية مصرّح بالنظر و التأمّل ، فلاحظ و تأمّل .

٦ـ انسلاخ أحد المتعاقدين أو أحد العوضين عن قابلية الملك

ما لو انسلخ أحد المتعاقدين أو أحد العوضين عن قابلية الملك بموت أو تلف أو نحوهما ، قيل على النقل : لايصحّ العقد لامتناع ترتّب الاثر عليه ، و على الكشف يصحّ لعدم المانع فتشمله العمومات .

الف ـ موت الاصيل قبل الاجازة

و تحقيق الحال أنّ العارض ان كان الموت أمكن القول بالصحة على النقل ايضاً ، لعدم المانع من التزام ملك الميت حين الاجازة فينتقل الى وارثه ، كما يستفاد من الحكم بذلك في جملة من الموارد .

الاّ أن يقال : لم يثبت ذلك بنحو الكلية فيشكل الحكم ، و لو قلنا بصحّته كما هو الظاهر و لو لبناء العقلاء عليه أشكل الامر في حكمه ، لعدم الدليل على انتقاله الى الورثة ، و المستفاد من عموم الادلّة خصوص ما مات عنه ، فلا يشمل ما ملكه بعد الموت .

هذا ، و لاجل أنّ العوض قد انتقل الى ورثته تعيّن الرجوع اليهم في اجازة العقد الصادر من أبيهم ، فان أجازوا نفذ و ان ردّوه بطل ، فانّ مجرّد ايقاع العقد لا يستوجب ثبوت حقّ لطرفه في تملّك ماله ، فيكون العوض منتقلاً الى الورثة خالياً عن الحق ، فيستقلّ الورثة في التصرف فيه ، و لو قيل بأنّ البيع مجرّد المبادلة بين المالين و ان لم يكن تمليك فالحكم كذلك ، لانّ العوض قد انتقل الى الوارث ، فالمبادلة بين مالهم و بين الآخر فلا بد من رضاهم .

هذا كلّه في موت الاصيل المتولّي لاحد ركني العقد ، أمّا لو مات

المالك الّذي أوقع عنه الفضولي ، فالحكم أوضح ، لانّ المال انتقل عنه الى ورثته فلا بدّ من اجازتهم ، فان أجازوا نفذ لهم و ان ردّوا بطل ، من دون فرق بين الكشف و النقل في ذلك ، كما لا فرق بين القول بأنّ البيع نفس المبادلة أو التمليك .

و دعوى أنّ المقصود تمليك الميت لا تمليك الوارث ، فكيف يصح البيع لهم بالاجازة ، قد تقدّم اندفاعها في بيع الغاصب لنفسه .

ب ـ عروض بالارتداد الفطري و الملي

و أمّا الانسلاخ بالارتداد الفطري ، فالحكم فيه كما ذكر ايضاً ، لأنّـه كالموت يوجب انتقال المال الى الوارث .

و أمّا الانسلاخ بالارتداد المـلّي مع كـون المـبيع مـصحفاً أو عـبداً مسلماً ، فان كان المرتدّ مباشراً لاحد ركني العقد ، فعلى الكشف تصحّ اجازة طرفه ، و على النقل لا تصحّ ، بناء على بطلان نقل المـصحف أو المسلم الى الكافر .

و ان كان المرتد هو المجيز فكذلك ، اللّهم الاّ أن يستفاد من أدلّة عدم صحة البيع على الكافر قصور سلطنته على تملّكه و لو في حال الاسلام اذا كان يؤدّي الى ملكه حال الكفر .

ج ـ انسلاخ قابلية المنقول بتلف و نحوه

و لو كان العارض تلف العوض ، فان كان التالف مال الاصيل فأجـاز المالك صحّ على الكشف دون النقل ، نعم لو كان التلف قبل القبض يكون بالتلف من مال المالك فلا تترتّب ثمرة عملية الاّ أن يكون له نماء فتترتّب الثمرة ، لانّ النماء يكون لمن انتقل اليه ، و ان كان التالف مال المجيز بطل

على القولين، لانّ التلف يوجب انقطاع سلطنته فلا مجال لاجازته .

و لو كان الطاريء عروض النجاسة ، فلمّا لم يكن موجباً لزوال الملك و لا لانقطاع سلطنته مطلقاً صحّ العقد على الكشف دون النقل ، كما ذكر في الثمرة ، من دون فرق بين مال الاصيل و مال المجيز .

تجدّد القابلية بعد العقد و قبل الاجازة

و لو تجدّدت القابلية فان كانت شرطاً للبيع بالمعنى المصدري بطل العقد لانتفاء الشرط ، و ان كانت للبيع بمعنى اسم المصدر صحّ على النقل دون الكشف .

و دعوى اعتبار استمرار القابلية من زمان العقد الى زمان الاجازة غير ظاهرة المأخذ كلية ، فلابدّ من ملاحظة دليل اعتبارها في كل مورد بخصوصه ، و العمل فيه على ما ذكرنا ، من دون فرق بين شرائط العوضين و المتعاقدين و شرائط العقد ، فما كان شرطاً في حال الايقاع بطل العقد بفقده ، و ما كان شرطاً في حال الموقع صحّ مع وجوده حاله ، و ان كان مفقوداً حال الايقاع ، فتأمّل جيّداً .

تنبيهات بحث الاجازة

و ينبغي التنبيه على أمور:

١ ـ الدليل على النقل و الكشف هو الشرع لا مفهومها اللغوي

انّه بناء على النقل لو قصد المجيز الامضاء من حين العقد، فان كان الوجه في البناء على النقل امتناع الكشف عقلاً بجميع معانيه بطلت الاجازة لامتناع مضمونها، و ان كان الوجه قصور الادلّة عن اثبات الكشف، فالظاهر أنّها كذلك، لانّ الاجازة على النحو المذكور لا تستوجب اقتضاء الادلّة للكشف.

نعم لو أمكن أن تكون الاجازة بنفسها موضوعاً لدليل النفوذ، فيكون حينئذ مقتضاه ثبوت مضمونها و هو ثبوت مضمون العقد من حينه لا من حينها صحّت ،لكنّه ممنوع، فانّ الظاهر أنّه لا اشكال في بطلان العقد اذا وقع على النحو المذكور، بأن يقول البائع: بعتك أمس، فيقول المشتري: قبلت، فضلاً عن الايقاع من أحد المالكين بمثل الاجازة كما هو ظاهر.

أمّا بناء على الكشف، لو قصد المجيز الامضاء من حين الاجازة فلاجل أنّها منافية لمتقضى الادلّة كانت الادلّة على خلافها فتبطل.

ثمّ انّ المراد من البطلان بطلان الاجازة المقيّدة، أمّا بطلانها من أصلها بحيث لا يكتفى بها في صحة العقد بل يحتاج الى اجازة اخرى، فمبني على أنّ التقييد بالقيد المذكور كان على نحو وحدة المطلوب، فلو كان

على نحو تعدّد المطلوب صحّ العقد و بطل القيد وحده ، و الظاهر الاوّل .

٢ ـ اعتبار اللفظ في الاجازة

قد عرفت في صدر المبحث أنّ الاجازة من المعاني الانشائية ، فهل يعتبر في تحقّقها انشاؤها باللفظ الصريح أو ما يعمّه و الكناية ، أو ما يعمّهما و الفعل ، أو يكفى مطلق الالتزام النفسائي اذا علم من أيّ طريق كان ، وجوه .

و لاجل ما عرفت من أنّ صحة الفضولي مستفادة من العمومات الدالّة على نفوذ العقود المضافة الى المالك ، و أنّه يكفي في صحّة الاضافة اليه الانشاء الفعلي ، كان المتعيّن البناء على صحة الاجازة بالفعل فضلاً عن القول الدالّ بنحو الكناية .

و ما عن صريح بعض و ظاهر آخرين من اعتبار اللفظ لأنّه مقتضى الاستقراء في النواقل الاختيارية ، مندفع لو تمّت حجّية الاستقراء ، بأنّ النقل في المقام أنّما يستند الى العقد لا الاجازة ، و مثله احتمال الاكتفاء بنفس الرضا النفسائي اذا علم من أيّ طريق كان عملاً بعمومات صحة العقود بعد تقييدها بما دلّ على اعتبار الرضا ، اذ قد عرفت أنّ العمومات مختصّة بالعقود المضافة الى المالكين و لا تكون الاضافة بمجرّد الرضا النفسائي ، لا أقلّ من الشك الموجب للرجوع الى أصالة عدم ترتّب الاثر المانع من العمل بالاحتمال المذكور .

و ما قد يشهد له ممّا يوجد في بعض الفتاوى لم يبلغ هذا بنحو يصحّ الاستناد اليه ، اذ ليس هو اجماعاً ، بل و لا مظنة له .

ما استدلّ به من النصوص على كفاية مطلق رضى الباطني في الاجازة

و أمّا النصوص المدّعى شهادتها به :

فمنها ما لا يمكن العمل بظاهره ، كخبر السكرانة الّتي زوّجت نفسها في حال السكر ، حيث قال عليه‌السلام فيه : «اذا قامت معه بعد ما أفاقت فهو رضا منها»[١] ، اذ لا ريب في أنّ العقد الصادر من السكران باطل لا تصحّحه الاجازة بعد الافاقة و لو باللفظ الصريح .

و مثله ما تضمّن أنّ قول المولى لعبده المتزوّج بغير اذنـه : «طـلّق» ، اقرار له بالنكاح[٢] ، اذ لا ريب في عدم كون المقصود منه اقرار النكـاح ، و لا هو حاكٍ عن الرضا به .

و منها ما هو وارد في مورد خاصّ ، مثل ما تضمّن أنّ سكوت المولى

---

١ ـ عن محمد بن اسماعيل بن بزيع قال : سألت أبا الحسن عليه‌السلام عن امرأة ابتليت بشرب النبيذ فسكرت فزوجت نفسها رجلاً في سكرها ، ثم أفاقت فانكرت ذلك، ثم ظنت انه يلزمها ففزعت منه فاقامت مع الرجل على ذلك التزويج ، أحلال هو لها أم التزويج فاسد لمكان السكر و لا سبيل للزوج عليها ؟ فقال : اذا أقامت معه بعد ما افاقت فهو رضا منها ، قلت : و يجوز ذلك التزويج عليها ؟ فقال : نعم (التهذيب ٣٩٢:٧، الفقيه ٢٥٩:٣، عـيون الاخـبار ١٩:٢، عـنهم الوسائل ٢٩٤:٢٠).

٢ ـ عن علي بن جعفر ، عن أخيه موسى بن جعفر ، عن أبيه ، عن آبائه ، عن على عليهم‌السلام أنه أتاه رجل بعبده فقال : ان عبدي تزوّج بغير اذني ، فقال علي عليه‌السلام لسيّده : فرّق بينهما ، فقال السيد لعبده : يا عدوّ الله طلّق ، فقال له على عليه‌السلام : كيف قلت له ؟ قال : قلت له : طلّق ، فقال علي عليه‌السلام للعبد : أمّا الان فان شئت فطلّق و ان شئت أمسك ، فقال السيد : يا أمير المؤمنين أمر كان بيدي فجعلته بيد غيري ، قال : ذلك لانك حين قلت له : طلّق ، أقررت له بالنكاح (التهذيب ٣٥٢:٧، عنه الوسـائل ١١٨:٢١).

بعد علمه بتزويج عبده اقرار له منه عليه [1].

و منها ما ليس ممّا نحن فيه، مثل ما تضمّن أنّ تصرّف ذي الخيار رضا بالعقد [2]، فانّ الرضا فيه يراد منه امضاؤه على نحو لا يقبل الفسخ الّذي هو أحد عدلي الخيار في مقابل الفسخ، لا الرضا بمعنى ارتضاء أصل العقد في مقابل الرد، و لا ملازمة بين الامرين في الاحكام، على أنّ النصوص المذكورة انّما كان موضوعها الفعل الحاكي عن الرضا حتّى نصوص سكوت المولى، اذ الظاهر من قوله عليه السلام فيها: «و لم يغيروا علي»، استمرارهم على حسن المعاشرة معه.

فيشكل أنّ يستفاد منها أنّ نفس الرضا النفساني هو تمام موضوع الحكم، نظير ما لو وقع الايجاب و القبول الفعليّان، فحكم بانتقال المال الى المشتري معلّلاً بأنّ الايجاب و القبول بيع، فانّه لا يدلّ على أنّ البيع

---

١ ـ عن معاوية بن وهب قال: جاء رجل الى أبي عبدالله عليه السلام فقال: اني كنت مملوكا لقوم و اني تزوجت امرأة حرة بغير إذن مواليّ ثم اعتقوني بعد ذلك، فاجدد نكاحي اياها حين أعتقت، فقال له: أكانوا علموا انك تزوجت امرأة و انت مملوك لهم؟ فقال: نعم و سكتوا عني و لم يغيروا علي، فقال: سكوتهم عنك بعد علمهم اقرار منهم، أثبت على نكاحك الاول (الكافي ٥:٤٧٨، التهذيب ٨:٢٠٤، عنهما الوسائل ٢١:١١٧).

عن الحسن بن زياد الطائي قال: قلت لابي عبدالله عليه السلام: اني كنت رجلاً مملوكاً فتزوجت بغير إذن مولاي، ثم اعتقني الله بعد فاجدد النكاح؟ قال: فقال: علموا أنك تزوجت؟ قلت: نعم قد علموا فسكتوا و لم يقولوا لي شيئاً، قال: ذلك اقرار منهم انت على نكاحك (الفقيه ٣:٢٨٣، التهذيب ٨:٣٤٣، عنهما الوسائل ٢١:١١٨).

٢ ـ عن علي بن رئاب عن أبي عبدالله عليه السلام قال: الشرط في الحيوان ثلاثة ايام للمشتري اشترط أم لم يشترط، فان أحدث المشتري فيما اشتري حدثا قبل الثلاثة الايام فذلك رضا منه فلا شرط، قيل له: و ما الحدث؟ قال: ان لامس أو قبل أو نظر منها الى ما كان يحرم عليه قبل الشراء ـ الحديث (الكافي ٥:١٦٩، التهذيب ٧:٢٤، عنهما الوسائل ١٨:١٣).

النفسي هو موضوع الحكم ، بل يدلّ على أنّ موضوعه هو البيع ، فاذا كان البيع لا يتحقّق عند العرف الاّ بالفعل لا يكون ذلك التعليل ردعاً عمّا عند العرف ، و قد عرفت أنّ الرضا النفسائي و الاجازة من الانشائيات الّتي لا تتحقّق الاّ بالقول أو بالفعل لا أقلّ من الشك في ذلك ، و الاصل عدم ترتّب الاثر حيث لا دليل ، و النصوص المذكورة لا تصلح للدلالة على خلافه .

ثمّ انّه يظهر من كلمات شيخنا الاعظم رحمه الله في هذا المقام و في صدر المبحث أنّ الرضا الّذي يحتمل الاكتفاء به في صحّة الفضولي هو بمعنى طيب النفس مقابل الكراهة ، لا الرضا بمعنى الارتضاء ، و قد عرفت الاشكال فيه في صدر المبحث ، فراجع .

٣ ـ عدم سبق الردّ على الاجازة

حكي عن صريح بعض دعوى الاجماع على أنّ من شروط الاجازة أن لا يسبقها الردّ من المالك ، فلو ردّ بطل العقد و ان أجاز بعد ذلك .

و استدلّ له بأنّ الاجازة بمنزلة أحد طرفي العقد ، فكما يقدح ردّ القابل قبل القبول في صدق العقد على الايجاب و القبول كذلك في المقام ، و بأنّ مقتضى سلطنة المالك على ماله قطع علقة الطرف الآخر عن ماله .

و فى الوجهين نظر ظاهر ، أمّا الاوّل فلعدم الدليل على ثبوت الحكم في المقاس عليه فضلاً عن المقاس ، مع وضوح الفرق بين المقامين بتماميّة العقد في الثاني ، غاية الامر أنّه محتاج الى اضافته الى المالك الّتي يكتفى فيها بمجرد الاجازة و الامضاء مطلقاً و لو سبق الردّ بخلاف الاوّل ، لامكان دعوى كون الردّ المتخلّل مانعاً من الالتئام بين الايجاب

و القبول فلا يتمّ العقد ، فتأمّل .

و أمّا الثاني لانّ السلطنة على المال انّما تقتضي السلطنة على التصرف فيه ، فيستدعي ذلك سلب سلطنة غير المالك على التصرف فيه ، و حدوث عقد الفضولي فضلاً عن بقائه ليس تصرفاً في المال ليكون تحت سلطنة المالك و يخرج عن سلطنة غيره ، و انّما التصرف مضمون العقد ، و حينئذ لا يكون مقتضى سلطنة المالك دفع قابلية العقد عن لحوق الاجازة .

٤ ـ الاجازة من آثار سلطنة المالك على ماله

الاجازة الّتي تكون للمالك ليست من الحقوق الّتي تورث بل هي من الاحكام ، لأنّها نوع من التصرف في المال ، و اللام في قولنا : له أن يجيز ، كاللام في قولنا : له أن يبيع ، لام التعدية ، و الظرف لغو متعلق بمثل : يجوز و نحوه ، فمعنى قولنا : له أن يجيز البيع ، هو بمعنى قولنا : يجوز له أن يجيزه ، كقولنا : له أن يبيع ، الّذي هو بمعنى قولنا : يجوز له أن يبيع ، و ليست اللام فيه للملك و الظرف مستقرّ كي يكون مدخولها حقّاً من الحقوق .

و لاجل ذلك لا يسقط بالاسقاط ، على ما عرفت في أوّل كتاب البيع أنّه المايز بين الحقّ و الحكم ، فاذا مات مالك الارض الّتي قد بيعت فضولاً انتقلت الارض الى غير الزوجة من الورثة و كان لهم أن يجيزوا كما كان لمورثهم ، و ليس للزوجة حقّ في اجازة البيع المذكور بوجه لعدم ارثها من الارض ، كما هو موضح في كتاب الميراث .

٥ ـ اجازة البيع ليست اجازة للقبض و الاقباض

هل تجري الفضولية في القبض ، فاذا قبض الفضولي عن غيره فأجاز المالك ترتّب عليه الاثر ، من صحّة العقد أو الايقاع المعتبر فيه ، و من انتقال الضمان في البيع و نحو ذلك ؟

و الكلام تارة في قبض المعيّن و اقباضه ، و اخرى في قبض غير المعيّن و اقباضه .

أمّا الاوّل ، فهو أنّ من الواضح أنّ القبض من الافعال الخارجية الحقيقية له أحكام خاصة تكليفية أو وضعية ، و ليس من سنخ الانشاء و الايقاع لتكون اجازته من قبيل اجازة عقد الفضولي أو ايقاعه ، بل مرجع الاجازة فيه الى الرضا بوقوعه .

و حينئذ يكون ترتّب آثاره عليه بالاجازة موقوفاً على كون مفاد دليلها ثبوتها للقبض الواقع من المالك أو ممّن يرضى المالك بقبضه حدوثاً ، كما لو أذن له في قبضه ، أو بقاءاً كما لو كان في يد ولده أو عبده فاشتراه و رضي ببقائه في يد قابضه ، و الظاهر أنّه لا اشكال في ترتّب الآثار عليه بالاجازة ، كترتّبها عليه بالاذن السابقة .

و ما في كلام شيخنا الاعظم رحمه الله من أنّ مرجع اجازة القبض الى اسقاط ضمان الثمن عن عهده المشتري غير ظاهر ، لانّ ضمان الثمن انّما هو مثل ضمان المبيع قبل القبض لا يراد منه اشتغال ذمّة المشتري به ، بل يراد به أنّه لو تلف تبيّن انفساخ البيع قبل التلف ، فيكون تلف الثمن من مال المشتري لا من مال البائع و يكون تداركه عليه ، كما هو معنى الضمان ، و الضمان بالمعنى المذكور من الاحكام الّتي لا تقبل الاسقاط .

مع أنّه لو سلّم جواز الاسقاط فلا ملجيء الى الالتزام به ، بعد ما عرفت

من رجوع الاجازة الى الاذن بالقبض ، و الحكم في الاقباض هو الحكم في القبض .

و أمّا الثاني ، فحكم القبض فيه هو حكم القبض في المعيّن، لجريان ما ذكر فيه بعينه ، و أمّا اقباضه فلما كان ايقاعاً لما فيه من تعيّن المملوك في المعيّن الّذي هو معنى انشائي فوقوعه من الفضولي من وقوع الايقاع منه ، و قد عرفت سابقاً الكلام في جريان الفضولي في الايقاع ، و لا فرق بين المقام و غيره من موارد الايقاع ، فراجع ما تقدّم في صدر المبحث و تأمّل .

ثمّ انّه لو بني على صحّة القبض بالاجازة ، فاجازة العقد ليس اجازة للقبض لعدم الاستلزام ، نعم لو كان القبض شرطاً في صحّة العقد كانت اجازة العقد دون القبض لغواً ، فصدورها من المالك في مقام الانفاذ يقتضي اجازة القبض ايضاً ، و لو قال : أجزت العقد دون القبض ، تنافى القصدان ثبوتاً ، و ثبوت أحدهما بعينه بلا مرجّح ، كما أنّ التنافي اثباتاً موجب للاجمال .

٦ ـ عدم فورية الاجازة

مقتضى اطلاق الادلّة أنّ الاجازة ليست على الفور ، بل هو ظاهر صحيحة محمد بن قيس [١] .

---

١ ـ عن محمد بن قيس عن أبي جعفر الباقر عليه السلام : «قضى أمير المؤمنين عليه السلام في وليدة باعها ابن سيدها و أبوه غائب فاستولدها الّذي اشتراها ، فولدت منه ، فجاء سيّدها فخاصم سيدها الآخر ، فقال : وليدتي باعها ابني بغير اذني ، فقال عليه السلام : الحكم أن يأخذ وليدته و ابنها ، فناشده الّذي اشتراها ، فقال عليه السلام له : خذ ابنه الّذي باعك الوليدة حتّى ينفذ البيع لك ، فلمّا رآه

ثمّ لو قلنا بعدم جواز تصرّف الاصيل فيما انتقل عنه ، فلزم من عـدم المبادرة الى الاجازة الضرر عليه جاز له الفسخ بقاعدة الضرر ، بناء على تماميّة دلالتها على جواز الفسخ ،كما يأتي في خيار الغبن ان شاء اللّه ، أمّا جواز اجبار المالك على أحد الامـرين مـن الرد و الاجـازة فـلا تـصلح لاثباته ، لعدم ثبوت حقّ له على المالك أو ماله كـي يسـتحقّ بـه جـواز الاجبار ، و قاعدة الضرر لا تصلح للاثبات ، و لا فرق بين عـقد النكـاح و غيره .

و دعوى أنّ النكاح لا يثبت فيه الخيار الاّ بامور مخصوصة ليس المقام منها ، فيها أنّ قـاعدة الضـرر حـاكـمة عـلى دليـل الحـصر فـي الامـور المذكورة ، و لا سيّما و أنّ دليل الحصر يختصّ بالنكاح الصحيح ، كما لا ينافي ذلك ايضاً كون الخـيار فـيه حكـميّاً لا حـقيّاً ، اذ شأن القـاعدة المذكورة ايضاً اثبات الخيار و لو حكميّاً .

٧ ـ اعتبار مطابقة الاجازة للعقد

هل يعتبر في صحّة الاجازة مطابقتها للعقد الواقع عموماً و خصوصا أم لا ؟

الّذي ينبغي أن يقال : انّه اذا كان الاختلاف في أركان العـقد كـالثمن و المثمن على نحو المباينة ، فلا ينبغي التأمّل في قدح مثله في صـحة العقد ، كما لو باع الفضولي الفرس فأجاز في الحمار ، أو اشترى الفضولي بدينار فأجاز بدراهم ، لعدم تعلّق الاجازة بالعقد .

ـ أبوه قال له : ارسل ابني ، قال : لا و اللّه لا ارسل ابنك حتّى ترسل ابني ، فلمّا رأى ذلك سيّد الوليدة أجاز بيع ابنه . (الكافي ٥ :٢١١ ، التهذيب ٧:٧٤ و ٧:٤٨٨، الاستبصار ٣:٨٥،الفـقيه ٣:١٤٠، عنهم الوسائل ٢١:٢٠٣).

و ان كان الاختلاف فيها على نحو اختلاف الجزء و الكلّ مع تعدّد الموضوع عرفاً ، كما لو باع الفرس و الحمار فأجاز في الفرس أو في الحمار فلا ينبغي التأمل في الصحة ، لكون العقد المذكور منحلاً الى عقدين عرفاً لتعدّد الموضوع ، فلا مانع من أن يجيز أحدهما و يردّ الآخر.

نعم مع وحدة الموضوع عرفاً ، كما لو باع الفرس بدينار فأجاز في نصفها بنصف دينار ، فعقد الفضولي و ان كان منحلاً الى عقود متعددة بتعدّد الاجزاء ، و لذا لو باع الشريك تمام العين المشتركة و ردّ شريكه البيع في جزئه المشاع صحّ البيع بالاضافة الى المقدار المملوك للبائع وكان للمشتري خيار تبعّض الصفقة ، و لو لم يكن العقد منحلاً الى العقود المتعدّدة كان اللازم البناء على بطلان البيع في الجميع ، لكن لمّا كان واحداً عرفاً لوحدة موضوعه أمكن التأمّل في صحّته بالاجازة لعدم المطابقة ، فلا تكون اجازة للعقد الواقع.

و فيه انّه لو تمّ ذلك اقتضى البطلان مع تعدّد المالك للمبيع الواحد فأجاز بعضهم و ردّ الباقي ، و لا يظنّ الالتزام به ، و الفرق بين المسألتين غير ظاهر.

الكلام في اختلاف المجاز مع ما وقع من حيث الاطلاق و التقييد

و من ذلك يظهر الحكم فيما لو كان اختلاف في وجدان الشرط و فقدانه ، كما لو اشترط الفضولي شيئاً على المالك فأجاز بدون شرط ، اذ الشرط ليس قيداً للمنشأ ، و انّما هو الالتزام في ضمن الانشاء على نحو تعدّد المطلوب.

و لذا كان التحقيق أنّ فساد الشرط لا يقتضي فساد العقد ، فلا مانع من

تعلّق الاجازة بنفس العقد المشروط بلا اجازة للشرط ، و كذا لو اشترط الفضولي للمالك فأجاز بلا شرط ، بل هنا يصحّ العـقد و يـلزم بـخلاف الصورة الاولى ، فيمكن البناء على الخيار فيه للمشروط له ، بناء على أنّه حكم الشرط الفاسد .

و لو خلا العقد عن الشرط و اقترنت الاجازة به ، فان كان للمجيز على غيره و لم يرض المشروط عليه بطل الشرط قطعاً ، لعدم الدليـل عـلى صحّته ، و عموم : «المؤمنون عـند شـروطهم» [1] ، مـختصّ بـالمشروط عليهم لا لهم ، و صحّ العقد على ما عرفت ، نعم يكون للمجيز الخيار على ما عرفت ، و لو رضي كان من قبيل الشرط الابتدائي لا في ضمن العقد ، و صحّته محلّ تأمّل ، يأتي ان شاء اللّه في محلّه .

و ان كان الشرط قد جعله المجيز على نفسه كان من الشرط في الايقاع و ان رضي المشروط له ، لانّ ذلك لا يجعله في ضمن العقد ، اذ المراد بكونه في ضمن العقد أن يكون زائداً على موضوع الايجاب و القبول ، ولا يكفي أن يكون نفسه موضوعاً لهما ، فلو قال : لزيد علي أن أخيط ثوبه ، فقبل زيد ، كان شرطاً ابتدائياً نظير الهبة .

---

١ ـ الكافي ١٦٩:٥، الفقيه ١٢٧:٣، التهذيب ٢٢:٧ و ٤٦٧، عنهم الوسائل ١٦:١٨. دعائم الاسلام ٤٤:٢، عنه المستدرك ٣٠٠:١٣.

شرائط المجيز

١ ـ اشتراط نفوذ تصرف المجيز حين الاجازة

يشترط في المجيز أن يكون حين الاجازة جائز التصرف ، لأنّها نوع من التصرف في المال ، فلا بدّ من اجتماع شروط نفوذه حالها ، من البلوغ و العقل و الرشد و عدم المرض ، بناء على عدم نفوذ تصرّف المريض في ماله .

٢ ـ اشتراط وجود المجيز حين العقد

قال في القواعد : «و الاقرب اشتراط كون العقد له مجيز في الحال ـ انتهى ».

و ظاهره اعتبار وجود ذات المجيز و ان اشكل فرض انتفائه ، اذ المال المملوك لا بدّ أن يكون له مجيز ، امّا المالك أو وليّه كما قيل ، و يحتمل أن يكون المراد اعتبار وجود القابلية للاجازة حال العقد كما حمله عليه بعضهم .

و كيف كان فدليله غير ظاهر ، فانّ متقضى العمومات الصحة مع الاجازة ، و لو لم تكن ذات المجيز حال العقد أو قابليته للاجازة ، و امتناع الصحة حال العقد لا يقتضي امتناع الصحة حال الاجازة ، و لزوم الضرر على المشتري بناء على حرمة تصرّفه في الثمن و المثمن مشترك الورود بين ما ذكر و غيره ، كما عرفت وجه اندفاعه آنفاً ، مع أنّ الضرر غير لازم مطلقاً كما لا يخفى .

٣ـ اشتراط كون المجيز جائز التصرف حال العقد

يكفي في صحّة الاجازة كون المجيز جائز التصرف حالها و لا يعتبر كونه جائز التصرف حال العقد.

و الكلام يقع في مسائل :

المسألة الاولى : أن يكون عدم جواز التصرف من جهة فقدان الشرط

أن يكون المانع من صحّة التصرف كون المبيع متعلّق حقّ غير المالك ، كما لو باع الراهن العين المرهونة ، ثمّ فكّت من الرهن بوفاء منه أو من غيره أو بابراء ، و لو لاجل ارث الراهن للمرتهن.

و لا ينبغي التأمّل في صحة العقد ، بل لا حاجة الى الاجازة ، اذ الاحتياج اليها انّما هو لتحقيق كون العقد للمالك ، و المفروض تحقّق ذلك لصدوره منه ، و انّما المانع حق غيره ، فاذا زال المنع بزوال سببه أثّر المقتضى أثره لعموم أدلّة السببية.

المسألة الثانية : أن يكون ذلك من جهة وجود المانع

أن يكون المانع كونه محجوراً عليه لسفه و نحوه ، و لا ينبغي التأمل ايضاً في صحّة العقد لو أجاز بعد ارتفاع الحجر ، لما سبق من عمومات الصحة.

و الظاهر الاحتياج الى الاجازة فلا يصحّ بدونها و ان كان العقد صادراً من المالك ، لانّ أدلّة الحجر مقيّدة لادلّة النفوذ بصورة اضافة العقد الى السلطان ، و لا تحصل الاّ بالاجازة بعد ارتفاع الحجر.

و الفرق بين المقام و ما سبق أنّ في المقام قصوراً في سلطنة العاقد ، و فيما سبق مزاحمة سلطنته بسلطنة من له الحق.

المسألة الثالثة : أن يكون عدم جواز التصرف من جهة فقدان المقتضي

١ ـ لو باع لنفسه ثم اشتراه من المالك و أجاز

أن لا يكون المجيز مالكاً حال العقد ، كما لو باع مال غيره ثمّ ملكه بشراء أو ارث ، و الظاهر الصحّة مع الاجازة و البطلان بدونها ، لما عرفت في المسألة السابقة ، و هو ظاهر محكي التحرير و عن صريح الدروس ، و ظاهر الصيمري ، و عن تعليق الارشاد للمحقق الثاني البطلان .

ما استدلّ به على بطلان هذه المعاملة و المناقشة فيه

و استدلّ له بامور :

١ ـ أنّه باع مال غيره لنفسه .

و قد تقدّم تقريب كونه محذوراً في بيع الغاصب كما تقدّم ايضاً أنّه غير قادح .

٢ ـ أنّه بلا رضى من المالك لا مقارناً للبيع و لا لاحقاً .

و فيه انّ المعتبر الاجازة من المالك حال الاجازة و المفروض حصولها كذلك ، لأنّه بالشراء من المالك صار البائع هو المالك ، فاذا أجاز كانت اجازة من المالك .

٣ ـ انتفاء القدرة على التسليم .

و فيه انّ المعتبر القدرة على التسليم في ظرف لزومه ، و لزومه انّما يكون في حال الاجازة و القدرة حينئذ حاصلة ، مع أنّه لو سلّم اعتبار قدرة المجيز حال العقد فربّما تكون حاصلة ايضاً ، فاطلاق المنع غير ظاهر .

٤ ـ أنّه لايتمّ بناء على الكشف ، لامتناع انكشاف ملكيّة المشتري من العاقد من حين العقد ، لأنّه يلزم منه دخوله في ملك المشتري قبل دخوله

في ملك البائع ، لانّ المفروض شراء البائع له بعد العقد ، مع أنّ المشتري انّما يتلقّى الملك من البائع .

و يلزم ايضاً أن يكون المبيع من حين عقد الفضولى الى حين شرائه من المالك ملكاً للمالك و ملكاً للمشتري من الفضولي مع أنّ الملكيّتين متضادتان ، و اجتماع الضدين محال ، لانّ كلاً منهما يلازم عدم الآخر ، فاجتماعهما موجب لاجتماع الوجود و العدم في آن واحد .

و يلزم ايضاً أن يكون بيع المالك على الفضولي موقوفاً على اجازة المشتري من الفضولي ، لانّ البيع واقع في ملكه مع أنّ ملكه موقوف على اجازة الفضولي الموقوفة على ملكه الموقوف على بيع المالك الاصلي ، فيلزم توقّف اجازة كلّ من الفضولي و المشتري منه على اجازة الآخر ، و توقّف صحّة كلّ من بيع المالك الاصلي و اجازة المشتري من الفضولي على الآخر .

و ايضاً اذا انكشف أنّ المبيع ملك للمشتري من الفضولي ، و لذا توقّف بيع الثاني على اجازته ، تعيّن البناء على كون ثمنه في البيع الثاني له ، فان كان أكثر من ثمن العقد الاوّل كانت الزيادة له ايضاً ، و ان كان مساوياً له كان تملّكه للمبيع بلا عوض لرجوع عوضه اليه بالبيع الثاني ، و ان كان أقلّ كان النقص الوارد على المشتري بمقدار التفاوت ، و كيف كان لزم عدم تملّك المالك الاصلي لشيء من المثمن و الثمن ، اذ الاوّل ملك المشتري الاوّل و الثمن ثمن ملكه فلا يعود للمالك الاصلي .

و هذه اللوازم الاخيرة جعلت في مقام الاستدلال على البطلان اشكالاً واحدا ، و هو الدليل الخامس في مقابل اللازم الاوّل المعبّر عنه بالدليل الثالث ، و اللازم الثاني المعبّر عنه بالدليل الرابع ، و كلّها مبنيّة على الكشف عن الملك حين العقد ، و كان المناسب لجعل كلّ لازم اشكالاً أن

يجعل الخامس اشكالات متعدّدة لتعدّد اللوازم الباطلة المذكورة في تقريره.

و كيف كان فالّذي يدفع الاشكالات المذكورة بأسرها على القول بالكشف الالتزام بالكشف من حين العقد الثاني فراراً عن المحاذير المذكورة، لا رفع اليد عن أدلّة الصحة بالمرّة و الالتزام بالبطلان كما يراه المستدلّ.

اذ وجود المانع عن العمل بالادلّة في الزمان الاوّل لا يقتضي سقوطها عن الحجية بالمرّة، لا لانّ أدلّة الصحة من قبيل العموم الزماني كي لا يكون خروج فرد من الزمان موجباً لانتفاء حجّيته في غيره من الازمان، فانّها من حيث ثبوت مضمون العقد ليست متكفّلة للثبوت في الازمنة المتعدّدة، فانّ مضامين العقود و الايقاعات انّما يكون المقصود جعلها حدوثاً فقط، و بقاؤها ليس تحت الجعل، و انّما يكون مستنداً الى استعداد ذاتها، فانّها اذا حدثت دامت الاّ أن يطرأ الرافع، فبقاؤها ليس مجعولاً بالايقاع و الانشاء، و انّما المجعول نفس الحدوث، كما أشرنا الى ذلك في بعض مباحث المعاطاة.

بل الوجه أنّ البناء على الثبوت من حين العقد لمّا كان مستنداً الى اطلاقها فلا مانع من تقييد ذلك الاطلاق بالدليل العقلي أو التعبدي، كدليل اعتبار القبض في الصرف و السلم، بناء على أنّ ظاهر أدلّة اعتبار القبض كونه بنحو الشرط المقارن، فيكون ثبوت مضمون العقد مقارناً له و ان تأخّر عن العقد بمدّة طويلة، و سيأتي ما له دخل في المقام، فانتظر.

٥ ـ أنّ ردّ المالك للعقد كما يكون بالقول يكون بالفعل، و منه بيع العين على العاقد أو غيره لمنافاته للاجازة، و لذا ذكروا أنّ بيع الواهب للعين

الموهوبة فسخ لعقد الهبة ، و تصرّف ذي الخيار فيما انتقل عـنه بـالبيع و نحوه فسخ للعقد الخياري ، فاذا ثبت ذلك فـي العـقود الجـائزة فـهنا أولى ، لانّ فسخ العقد الّذي لم يترتّب مضمونه أسهل من فسخ ما يترتّب مضمونه .

و فيه انّ الردّ و الفسخ من الامور الايقاعية الموقوف اعتبارها على قصد الايقاع ، و مجرّد الفعل نفسه غير كاف في اعتباره عند العقلاء ، فلا يكون البيع ردّاً الاّ مع قصد ايقاع الردّ ، لكنّه غير محلّ الكلام .

نعم يمكن أن يقال : انّ البيع و ان لم يكن ردّاً ايقاعيّاً الاّ أنّه مـانع مـن صلاحيّة تعلّق الاجازة بالعقد ، لانّ البدلية الّتي يرجع اليها مفهوم البـيع متقوّمة بالاضافة الى المالك حال العقد ، فبدليّة الثمن للمثمن يـراد بـها بدليّته في اضافته الى المالك ، و هذا المضمون يمتنع أن تتعلّق به اجازة العاقد لخروجه عن سلطنته مع أنّه غير مقصود له ، و انـما المـقصود له بالاجازة بدليّة الثمن عن المثمن في اضافته له ، و هو غير مضمون العقد .

و كون خصوصية المالك حال العقد ليست ملحوظة على نحو تكون مقوّمة لمضمون العقد بل ملحوظة مورداً للمضمون من بـاب الاتـفاق ، فتبدّل المالك لا يوجب انتفاء المضمون ، غير ظاهر ، و ان جعله بعض الاعيان في حاشيته مقتضى التحقيق في دفع الاشكال ، لا أقلّ من الشك المانع من تطبيق عمومات الصحة بعد البناء على كون موضوعها العـقد المجاز للشك في عنوان العام .

نعم لو انتقل العين الى غير المالك حال العقد بالارث لم يكن مانع من الاجازة ، لانّ الانتقال بالارث بـحسب اعـتبار العـقلاء راجـع الى بـدليّة الوارث عن الموروث ، فاجازة الوارث اعتباراً راجـعة الى اجـازة نـفس مضمون العقد ادّعاء ، و لا مجال لقياس المقام عليه ، كما أشار الى ذلك

بعض الاعاظم ﴿قدس سره﴾ في تحقيقات درسه.

و أمّا ما ذكره شيخنا الاعظم ﴿رحمه الله﴾ في دفع الاشكال المذكور، من أنّه نظير الاشكال في عكس المسألة، و هو ما لو باع الغاصب لنفسه فأجاز المالك لنفسه، المندفع بما تقدّم في بيع الغاصب، ففيه ما عرفت من أنّ قصد الغاصب نفسه في البيع في طول قصده المالك لا أنّه مناف له، فاجازة المالك اجازة لمضمون العقد، و لا مجال لتقدير ذلك في المقام، و لعلّه الى ذلك أشار بقوله: «فتأمّل».

٦ ـ الاخبار المستفيضة الحاكية لنهي النبي ﴿صلى الله عليه و آله﴾ عن بيع ما ليس عندك [١]، الظاهر في بطلان البيع المذكور امّا مطلقاً أو بالنسبة الى خصوص المخاطب، و مقتضى اطلاقها البطلان حتّى لو تملّك المبيع ثمّ أجاز.

بل بعضها صريح في صورة التملّك بعد البيع، كالصحيح عن يحيى بن

---

١ ـ عن سليمان بن صالح عن أبي عبدالله ﴿عليه السلام﴾ قال: نهي رسول الله ﴿صلى الله عليه و آله﴾ عن بيع ما ليس عندك (التهذيب ٧: ٢٣٠، عنه الوسائل ١٨: ٣٧).

عن حكيم بن حزام قال: قلت: يا رسول الله يأتيني رجل يسالني البيع ليس عندي ما ابيعه ثم ابيعه من السوق، فقال: لا تبع ما ليس عندك.

و عنه في رواية اخرى قال: قلت: يا رسول الله الرجل يسألني البيع و ليس عندي أفأبيعه؟ قال: لا تبع ما ليس عندك.

و عنه في رواية اخرى قال: قلت: يا رسول الله اني اشتري بيوعا فما يحل لي منها و ما يحرم عليّ؟ قال: فاذا اشتريت بيعا فلا تبعه حتى تقبضه.

و عنه ايضاً عن رسول الله ﴿صلى الله عليه و آله﴾: لاتبع طعاما حتّى تشتريه و تستوفيه (سنن احمد ٣: ٤٠٢).

عن عمرو بن شعيّب عن ابيه عن جده عن النبي ﴿صلى الله عليه و آله﴾ انه قال: لا طلاق الا فيما تملكه، و لابيع الا فيما تملكه (عوالى اللئالي ٣: ٢٠٥، عنه المستدرك ١٣: ٢٣٠).

الحجاج : سألت أبا عبد الله عليه‌السلام عن الرجل يقول لي : اشتر لي هذا الثوب و هذه الدابة و بعنيها أربحك كذا و كذا ، قال عليه‌السلام : «لا بأس بذلك اشترها و لا تواجبه البيع قبل أن تستوجبها أو تشتريها»[1] .

و في رواية خالد بن الحجاج الواردة في السؤال المذكور : «أليس ان شاء أخذ و ان شاء ترك ؟ قلت : بلى ، قال عليه‌السلام : لا بأس انما يحلّل الكلام و يحرّم الكلام»[2] .

و في صحيحة ابن مسلم : «ليس به بأس ، انّما يشتريه منه بعد ما يملكه»[3] ، و في صحيحة منصور : «انّما البيع بعد ما يشتريه»[4] ، و حملها على أنّ المقصود عدم ترتّب الاثر على مجرّد البيع المذكور مع قطع النظر عن تعلّق الاجازة به بعد التملّك خلاف اطلاق النهي ، بل ظاهر ذيل الصحيحتين الاخيرتين شرطية تملّك المبيع حال البيع ، فلا يصحّ مع عدمه ، بل هو ايضاً ظاهر : «لا تبع ما ليس عندك» ، و حمله على كون النهي لفقد السلطنة خلاف الجمود على ما تحت التعبير .

بل تعرّض الامام عليه‌السلام لبيان ذلك مع أنّه غير فرض السؤال ممّا يؤكد

---

١ ـ التهذيب ٧:٥٨، الكافي ٥:١٩٨، عنهما الوسائل ١٨:٥٢ .

٢ ـ عن خالد بن الحجاج قال : قلت لابي عبدالله عليه‌السلام : الرجل يجيء فيقول : اشتر هذا الثوب اربحك كذا و كذا ، قال : أليس ان شاء ترك و ان شاء أخذ ؟ قلت :بلي ، قال : لا بأس به انما يحلل الكلام و يحرم الكلام (التهذيب ٧: ٥٠، الكافي ٥:٢٠١، عنهما الوسائل ١٨: ٥٠).

٣ ـ عن محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه‌السلام قال : سألته عن رجل أتاه رجل فقال : ابتع لي متاعاً لعلي اشتريه منك بنقد أو نسيئة ، فابتاعه الرجل من اجله، قال : ليس به بأس انما يشتريه منه بعد ما يملكه (التهذيب ٧:٥١، عنه الوسائل ١٨:٥١).

٤ ـ عن منصور بن حازم عن أبي عبدالله عليه‌السلام في رجل امر رجلاً يشتري له متاعاً فيشتريه منه، قال : لا بأس بذلك انما البسع بعد ما يشتريه (التهذيب ٧:٥٠، عنه الوسائل ١٨:٥٠).

الظهور، ليكون تنبيهاً على حكم تعبدي زائداً على الحكم الارتكازي، و هو عدم نفوذ بيع من لا سلطان له على المبيع، كما أنّ كون مورد بعض النصوص المبيع الكلّي المتعيّن حمله على الكراهة لحكاية الاجماع على الجواز فيه، لا يقتضي التصرف في النصوص الواردة في الشخصي، كما لا يخفى.

ثمّ انّ مقتضى اطلاق النصوص عدم الفرق في البطلان بين أن يكون البيع مع ترقّب الاجازة بعد التملّك أو لا، مع ترقّب التملّك أو لا.

نعم تختصّ بصورة البيع عن نفسه لا بمعنى قصد نفسه بالمعاوضة، لما عرفت من منافاة ذلك لقصد المعاوضة، بل المراد البيع عن المالك على أن يكون مآل المبيع الى نفسه بملاحظة شرائه من مالكه و اجازة البيع، و لا تشمل صورة ما لو كان مقصود البايع البيع عن المالك محضاً، و المرجع فيه القواعد المقتضية للبطلان، على ما عرفت في الدليل الخامس.

و لو باع عن ثالث بالمعنى المتقدّم في البيع عن نفسه، فحكمه حكم ما لو باع عن نفس في البطلان للاولوية الموجبة لدلالة النصوص عليه بالفحوى، مضافاً الى ما عرفت.

هذا كلّه لو اشتراه و أجاز، و كذا لو اشتراه ثالث فأجاز، فانّه و ان لم يكن مشمولاً للنصوص السابقة لكنّ الاشكال المتقدّم جار فيه ايضاً، أمّا لو لم يشتره فأجاز المالك، كان المورد من صغريات عقد الفضولي و لا تشمله النصوص، و لا يتوجّه فيه الاشكال المتقدّم.

نعم من قال ببطلان بيع الغاصب لنفسه اذا أجاز المالك يقول به هنا لأنّهما من قبيل واحد.

و ممّا ذكرنا يظهر لك ضعف القول بالصحة بلا حاجة الى الاجازة،

و ان استظهر ذلك من الشيخ رحمه الله و حكي عن الفخر ، فانّه الفرد المتيقّن من نصوص النهي مع ورود الاشكال المتقدّم فيه .

و لو اغمض النظر عن ذلك أمكن الاشكال في شمول عمومات الصحة له مثل : « اَوْفُوا بِالْعُقُودِ» [1] و نحوه ، لاختصاصها بالعقود المضافة الى من له وظيفة ايقاعها ، و ليس المقام منها لصدور العقد من غير المالك ، و صيرورته بعد ذلك مالكاً لا يجدي في حصول الاضافة المذكورة ، لانّ المضاف اليه فيها المالك بما هو مالك و لا يحصل ذلك الاّ باجازته حال الملك ، و لو سلّم شمول العموم فهو محكوم لقاعدة السلطنة ، و لذا لم يصحّ العقد للمالك قبل الشراء منه ، اذ ليس ذلك الاّ لأنّه على خلاف سلطنته .

و دعوى أنّ مقتضى عموم : « اَوْفُوا بِالْعُقُودِ» ، نفوذه قهراً على المالك ، فلو بني على تقديم القاعدة على العموم يلزم سقوط العموم عن المرجع ، فيها انّ نفوذ العقد و ثبوت مضمونه من آثار السلطنة لا مناف لها ، و لذا لم يكن عقد غير السلطان نافذاً بخلاف عقد السلطان .

نعم لو كان مفاد العموم اللزوم أو وجوب الوفاء تكليفاً كان من هذه الجهة مقدّماً على قاعدة السلطنة لو كانت منافية له ، لكنّه ليس محلّ الكلام ، اذ الكلام في ثبوت المضمون حدوثاً الّذي هو معنى صحّة العقد ، و اثباته بالعموم المذكور لو تمّ في نفسه فمعارض بالقاعدة المتقدّمة عليه ، فلاحظ .

و لو باع مال غيره عن المالك أو عن ثالث ثمّ ملك ، فالبطلان فيه على تقدير عدم الاجازة أظهر ، لأنّه لو صحّ لم يكن مقصوداً له ، لكون

---

١ ـ المائدة : ١.

المفروض كونه قاصداً للمالك أو الثالث ، فكيف يدخل في عموم : «اَوْفُوا بِالْعُقُودِ» .

٢ ـ لو باع معتقداً لكونه غير جائز التصرف

لو باع معتقداً أنّه غير جائز التصرف فتبيّن أنّه جائز التصرف ، و صورها أربع : لانّ عدم جواز التصرف امّا لعدم كونه مالكاً ، أو لعدم كونه وليّاً ، و فى كلّ منهما امّا أن يبيع عن نفسه أو عن المالك .

الصورة الاولى : اذا بان جائزالتصرف لكونه وليّاً للمالك أو ممّن كان أمره في يده

أن يبيع عن المالك فتبيّن كونه وليّاً عليه ، و المعروف اللزوم ، بل في كلام شيخنا الاعظم رحمه الله انّه لا ينبغي الاشكال فيه ، و لو بناء على بطلان الفضولي ، و كأنّه لاطلاق أدلّة الولاية و نفوذ تصرّف الولي من دون دليل على التقييد بصورة الالتفات اليها .

فما عن القاضي من أنّه لا يصحّ تصرف العبد اذا لم يعلم باذن سيده و لا علم به أحد ، غير ظاهر .

الصورة الثانية : أن يبيع لنفسه فانكشف كونه وليّاً

أن يبيع لنفسه فينكشف أنّه ولي ، و الظاهر الصحّة لما سبق ، فانّ مرجع هذه الصورة الى الصورة السابقة على ما عرفت في بيع الغاصب لنفسه .

نعم اذا كان قصد نفسه منافياً لامانته و يكون بذلك عادياً ، كما لو كان عن عمد فكان موجباً لانتفاء ولايته على البيع كان موقوفاً على اجازة الولي ، لكنه خارج عن محطّ الكلام .

الصورة الثالثة : أن يبيع عن المالك ثم ينكشف كونه مالكاً

أن يبيع عن المالك فيتبيّن كونه مالكاً ، و مثّل له بما لو باع مال أبيه بظنّ حياته فبان ميّتاً ، و عن المشهور الصحة .

و في محكي قواعد الشهيد : «لو قيل بالبطلان أمكن» ، و عن نهاية الاحكام و الايضاح احتماله ، لأنّه انّما قصد نقل المال عن أبيه لا عن نفسه فيمتنع ثبوت مقصوده ، و لأنّه في الحقيقة معلّق ، و التقدير : ان مات مورّثي فقد بعتك ، و لأنّه كالعابث لاعتقاده عدم قدرته على البيع ، و اشكال الجميع ظاهر .

و في احتياجه الى الاجازة و عدمه قولان ، ثانيهما عن غير واحد ، لانّ الاحتياج الى الاجازة امّا لتحقيق اضافة العقد الى المالك ، أو الرضا بمضمون العقد ، و كلاهما حاصل بصدور العقد من المالك .

و عن المحقق و الشهيد الثانيين الاوّل ، و العمدة فيه أنّ أدلّة اعتبار الرضا في التجارة ظاهر ، بقرينة مناسبة الحكم و الموضوع ، في اعتباره مع التفات المالك الى ماله ، لا مع اعتقاد كونه مال غيره ، نظير أدلّة اعتبار الرضا في جواز التصرف في مال الغير ، فلو قدّم لغيره طعاماً يعتقد أنّه ليس مالاً له بل مال لغيره ، فلا يجوز لغيره أكله اذا كان يعلم أنّه مال الآذن ، فكذا في المقام .

مع أنّه لو صحّ مثل هذا البيع بلا اجازة فقد صحّ بلا سلطنة المالك ، لانّ الجهل بالموضوع مانع من وقوع الفعل على ماله عن اختياره ، و ذلك خلاف قاعدة السلطنة على المال .

فان قلت : ان كان العاقد قصد المعاوضة على المال بقيد كونه مال الغير ، فاذا انكشف كونه مال نفسه انكشف عدم قصده المعاوضة عليه ،

و حينئذ لا معنى للاجازة لانتفاء العقد، و ان قصد المعاوضة عليه مطلقاً و لو كان مال نفسه فلا حاجة الى الاجازة لحصول الرضا بها لو كان مال نفسه.

قلت: الحيثية المذكورة تعليلية لا تقييدية، و الحيثية التعليلية بوجودها العلمي مؤثّرة، فالمعاوضة على ماله الواقعي مقصودة، و ان لم يكن ملتفتاً الى أنّه ماله، و لذا ذكروا أنّ تخلّف الداعي لا يضرّ في قصد المعاوضة، نعم في خصوص المقام لمّا كان ظاهر الدليل اعتبار الرضا بالمعاوضة على نحو خاصّ، و هو الالتفات الى أنّها واردة على ماله و كان مفقوداً، توقّفت الصحة على حصوله.

نعم لو كانت حيثية كونه مالاً له أو لغيره ملحوظة تقييدية جاء الاشكال، لكنّه خلاف الفرض المتعارف.

و ممّا ذكرنا يظهر توقّف الصحة على الاجازة، فلا يترتّب مضمون العقد الاّ منوطاً بها.

و عن بعض المتأخرين الصحّة و توقّف اللزوم على الاجازة لدليل نفي الضرر، و فيه ما عرفت، مع أنّ مقتضى نفي الضرر في المقام عدم الصحة بلا اجازة، لانّ الضرر اللازم انّما كان لانتقال المال بلا رضى المالك، و ليس لامر راجع الى أحد العوضين كضرر العيب أو الغبن كي يتدارك بالخيار.

و دعوى أنّ قاعدة الضرر نافية للاحكام الثابتة لا مثبتة للتقييد، فيها انّه يكفي في كونها مقيّدة أنّها نافية لثبوت الاثر في ظرف الضرر، و لذا تكون حاكمة على أدلّة الاحكام اذا لزم من اطلاقها الضرر.

نعم يبقى الاشكال في الفرق بين المقام و موارد الغبن و العيب و نحوهما، حيث كان الضرر فيها ناشئاً عن لزوم العقد لا عن صحّته، و لذا

كان نفي الضرر نافياً للزوم ، و هو غير ظاهر ، بل الضرر يحصل من ملك الناقص المالية أو المعيب ، فينبغي أن يكون المنفي الصحّة لا اللزوم .

ثمّ لو قلنا ببطلان الفضولي اعتماداً على ظهور قوله تعالى : « اِلاَّ اَنْ تَكُونَ تِجٰارَةً عَنْ تَرٰاضٍ »[1] في اعتبار مقارنة العقد للرضا تعيّن القول بالبطلان في المقام ، و ان كان الوجه الاجماع و مثل : «لا تبع ما ليس عندك» ، أو نحوه تعيّن القول هنا بالصحة لعدم اطّرادها فيه ، حتّى مثل ما دلّ على قبح التصرف في مال الغير .

الاّ أن يكون موضوع القبح الوجود العلمي لا الواقعي الحقيقي ، و هو في المقام حاصل ، لكنّ ذلك خلاف ظاهر القائل ببطلان الفضولي ، لاعتماده على مثل التوقيع : «لايجوز لاحد أن يتصرف في مال غيره الاّ باذنه» ، و هو لا ينطبق في المقام .

الصورة الرابعة : أن يبيع لنفسه باعتقاد أنه اغيره فانكشف أنه له

أن يبيع مال الغير عن نفسه فيتبيّن أنّه ماله ، و حكمها حكم سابقتها لرجوعها اليها لما عرفت في الثانية .

و قد يقال بعدم الحاجة الى الاجازة ، لانّ قصد نفسه مستلزم لبنائه على كون المال لنفسه ، فرضاه بالبيع رضا ببيع مال نفسه ، و حينئذ لا مقتضي للاجازة .

و فيه مع منع الاستلزام المذكور ، أنّ المعتبر رضاه ببيع مال نفسه حقيقة لا بناءاً أو ادعاءاً ، فلاحظ .

---

١ ـ النساء : ٢٨.

القول في العقد المجاز

١ ـ اعتبار كونه جامعاً لجميع الشروط المعتبرة في العقد

انّ الاجازة ليست بيعاً و لا عقداً ، و انّما هي دخيلة في تحقّق ما هو موضوع الاثر ، أعني العقد الخاص ، فالشروط المعتبرة في تحقّق العقد أو فى حصول مضمونه لا بدّ من حصولها على النحو المعتبر ، فما كان شرطاً للعقد على نحو الشرط المقارن تجب مقارنته له ، و ما يعتبر في ترتّب الاثر على العقد يجب تحقّقه على النحو المستفاد من دليل اعتباره ، و قد تقدّم في ذيل البحث عن ثمرات الكشف و النقل ما له نفع في المقام ، فراجع .

٢ ـ هل يعتبر العلم بالمجاز

قد عرفت أنّ وجه الحاجة الى الاجازة في صحّة عقد الفضولي تحقيق اضافة العقد الى المالك أو رضاه به و وقوعه عن سلطانه ، فليست الاّ كالاذن السابق لا يعتبر فيها الاّ ما يعتبر في الاذن السابق ، فيجوز تعلّقها بغير المعين اذا كان متعيّناً في الجملة بنحو يجوز معه التوكيل ، و كونها أحد ركني العقد ممنوع ، كما لا مانع من تعلّقها بالعقد المحتمل الوقوع فيجيزه على تقدير وقوعه ، و ليس ذلك من التعليق المبطل في العقود فضلاً عن الاجازة .

٣ ـ تعدد العقود فضولة

عقد الفضولي امّا أن يتّحد أو يتعدّد، فان وقع على مال الغير فامّا أن يكون أوّل العقود أو آخرها، أو وسطاً بين عقدين موافقين له في الورود على مال الغير، أو مخالفين له في ذلك، أو بين سابق موافق و لاحق مخالف، و بين العكس.

فهذه صور ستّ يجمعها ما لو باع عبد المالك بفرس، فباعه المشتري بكتاب، فباعه المشتري بدينار، فباع البائع الثالث الدينار بجارية، و باع الاوّل الفرس بشاة، فبيع العبد بالفرس أوّل العقود، و بيعه بالدينار آخرها، و بيعه بالكتاب وسط بين عقدين على مورده، و هما بيع العبد بالفرس و بيعه بالدينار، و بين عقدين على غير مورده، و هما بيع الفرس بالشاة و بيع الدينار بالجارية.

و هذه الصور بعينها ممكنة بالاضافة الى عقد الفضولي على عوض مال الغير مع كون العوض شخصيّاً، كما لو باع عبد المالك بفرس، فباع المشتري الفرس بشاة، فباع المشتري الفرس ببقرة، فباع المشتري الفرس بجمل، فباع البائع الجمل بغزال، فانّ بيع الفرس بالشاة أوّل العقود على العوض، و بيعها بالجمل آخرها، و بيعها بالبقرة وسط بين بيعين موافقين له في المورد، و وسط بين بيعين مخالفين له فيه، و هما بيع العبد بالفرس و بيع الجمل بالغزال، و لازم ذلك أن يكون وسطاً بين سابق موافق و لاحق مخالف، و وسطاً بين سابق مخالف و لاحق موافق.

أمّا العوض البدلي غير الشخصي، كما لو باع العبد بفرس، فباع الفرس بشاة، فباع الشاة ببقرة، فباع البقرة بجمل، فيمكن فيه فرض الاوّل و الآخر، و الوسط بين الموافقين في الورود على عرض العبد، و الوسط

بين لاحق موافق و سابق مخالف ، و هو بيع العبد بالفرس ، فانّه ليس وارداً على العوض بل على نفس مال المالك ، لكن لا يمكن فرض الوسط بين المخالفين ، اذ كلّ عقد لاحق لا بدّ أن يكون على العوض البدلي لمال الغير ، فيمتنع أن يكون ايضاً بين سابق موافق و لاحق مخالف .

فلا يمكن في العقد على العوض البدلي الاّ فرض أربع صور لا غير ، بخلاف البدل الشخصي فانّه يمكن فيه فرض ستّ صور ، كالعقد الوارد على نفس مال الغير على ما عرفت .

ان اجازة العقد لا يستلزم صحة العقود السابقة ، و يصحح العقود اللاحقة

ثمّ ان تعلّقت اجازة المالك بالعقد الوارد على ماله صحّ ، فيكون المالك أجنبيّاً عن المال ، فالعقود السابقة على العقد المجاز لا تصحّ باجازة المالك بعد ذلك ، و حينئذ ان قلنا بجواز اختلاف المالك حال العقد مع المالك حال الاجازة أمكن أن يصحّ واحد منها باجازة المشتري ، و ان لم نقل بذلك بطلت ، اذ لا يمكن أن تصحّ باجازة أيّ مالك كان .

و أمّا العقود اللاحقة للمجاز فهي صحيحة لازمة بناء على الكشف ، لصدورها من المالك ، أمّا بناء على النقل فاللاحق صادر من غير المالك و بعد الاجازة يصير مالكاً ، فيدخل في مسألة من باع ثمّ ملك .

و ان تعلّقت الاجازة بالعقد على العوض الشخصي صحّ المجاز و صحّ العقد السابق المخالف له ، و هو بيع العبد بالفرس في المثال المتقدّم ، لانّ اجازته لبيع الفرس بالجمل مثلاً مبنيّة على اجازته لبيع العبد بالفرس ، اذ لو لم يجزه كان أجنبيّاً عن الفرس ، فلا معنى لاجازته بيعه كما لا يخفى .

و أمّا العقود السابقة على المجاز الواردة على العوض ، كبيع الفرس

بالشاة ، فحكمها حكم العقود السابقة على المجاز اذا كـان وارداً عـلى نفس مال المالك ، و كذلك حكم اللاحقة ، فانّه حكم اللاحقة للـمجاز الوارد على نفس مال المالك .

و ان تعلّقت الاجازة بالعقد الوارد على العوض البدلي صحّ و ما قبله ، اذ لو لم يصحّ يكون المالك أجنبيّاً عن مورد العقد المجاز نظير ما سبق ، و أمّا ما بعده فهو من صغريات مسألة اختلاف المالك حـال العـقد مـع المالك حال الاجازة .

الاشكال في شمول الحكم بجواز تتبع العقود لصورة علم المشتري بالغصب ، و الجواب عنه

قال في القواعد : «و للمالك تتبع العقود و رعاية مصلحته ، و مع علم المشتري اشكال ـ انتهى »، و نحوه ما عن نهاية الاحكام .

و قد يقرّر الاشكال تارة في العقد الاوّل ، بناء على أنّ تسليم المشتري الثمن للبائع مع علمه بكونه فضوليّاً تمليك منه ايّاه ، و معه تمتنع صحّة العقد بالاجازة لامتناع كونه للمجيز بعد فرض كـونه مـلكاً للـفضولي ، واخرى في العقد المترتّب عليه ، و هو العقد على العوض ، كما لو باعه الفضولي ، لأنّه بعد ما ملكه بتسليم المشتري كان المالك أجنبيّاً عنه ، فاذا باعه الفضولي فقد باع ملكه و كان البيع له لا للمالك .

و هذا الاشكال يبتني أوّلاً على أن تسليم المشـتري للـثمن تـمليك للفضولي ، و هو غير ظاهر ، و ثانياً على القول بالنقل ، اذ على الكشف يكون المال ملكاً للمالك فيمتنع أن يكون تسليمه الى البـايع الفـضولي تمليكاً له ايّاه ، لأنّه تصرّف في مال غيره لا يصحّ بغير سلطان ، و قد أشار الى الثاني الفخر في محكي ايضاحه .

بل يمكن منعه بناء على النقل ايضاً ، بأنّ التسليم الى الفضولي انّما يكون تمليكاً له على تقدير عدم الاجازة لا مطلقاً ، لعدم الدليل عليه ، وسيأتي ان شاء اللّه تحقيق ذلك قريباً ، فانتظر .

أحكام الردّ

قد عرفت سابقاً أنّ من شرائط الاجازة أن لا يسبقها الردّ، و لا ينبغي التأمّل في أنّه كالاجازة من العناوين الانشائية الّتي تتحقّق بالالتزام النفسي المحكيّ باللفظ مثل: رددت و نحوه، و بالفعل الحاكي عن الالتزام المذكور عرفاً.

أقسام التصرفات الواقعة بين الاجازة و العقد

أمّا التصرف في العين فتارة يكون معدماً لموضوع العقد حقيقة أو حكماً كاحراقه و كسره و تمزيقه، و اخرى يكون مخرجاً له عن ولايته، و رابعة يكون معدماً لمنافعه، و خامسة يكون غير مؤثّر فيه و لا في منافعه، و لكنّه يدلّ على بنائه على مالكيّته له.

فان كان التصرّف على النحو الاوّل فهو و ان لم يكن ردّاً فعليّاً و لا انشاء له بالفعل، الاّ أنّه لمّا كان مفوّتاً لموضوع العقد و موجباً لصيرورة المالك أجنبيّاً عنه بنحو لا تجدي اجازته في صحّته، لانّ الاجازة المصحّحة للعقد اجازة من له وظيفة ايقاعه، و بعد انعدام المال يخرج المالك عن هذه الوظيفة، يكون التصرف المذكور مبطلاً.

و ان كان على النحو الثاني كان ايضاً كذلك، لانّ خروج المال عن الملك موجب ايضاً لصيرورة المالك أجنبيّاً فلا تنفع اجازته، فيبطل العقد، فلو باع المالك العين قبل الاجازة أو أعتق بطل عقد الفضولي.

و ان كان على النحو الثالث لحقه ايضاً حكم ما قبله ، كما لو استولد الجارية أو رهنها ، فانّه لمّا كان موجباً لقصور سلطنته عن التصرف في العين و صيرورته كالاجنبي لا تجدي اجازته و لا يصحّ تصرفه كان مبطلاً للعقد .

و ان كان على النحو الرابع ، كما لو سكن الدار أو تركها خالية فأجاز ، فلا مانع من تعلّق الاجازة بالعقد ، لعدم التنافي بينها و بين التصرفات المذكورة ، فعلى النقل يحكم بالانتقال من حين الاجازة و تكون التصرفات المذكورة من أهلها في محلّها ، و على الكشف ينكشف وقوعها في ملك المشتري فتكون مضمونة له على المتصرف ، و على الكشف الانقلابي تكون حين وقوعها من أهلها في محلّها و بعد الاجازة يحكم بكونها من حين وقوعها في مال الغير فتكون مضمونة ، و كذلك على الكشف الحكمي .

و ان كان على النحو الخامس ، كما لو آجر الدار المبيعة ثمّ أجاز ، فالحكم فيها كذلك ، اذ هي ايضاً غير منافية للاجازة و لا مخرجة للمالك عن صلاحية ايقاعها ، فاذا أوقعها انكشف وقوع الاجارة على ملك الغير فتكون فضولية موقوفة على اجازة المشتري .

هذا بناء على الكشف الحقيقي ، و على الكشف الانقلابي ينقلب عقد الاجارة من كونه من المالك الى كونه من غير المالك ، فيصير فضوليّاً محتاجاً في صحّته الى اجازة المشتري ، فان أجازه صحّ و ان ردّه بطل .

و دعوى أنّ وقوع الاجارة صحيحة مناقض لوقوع الاجازة لاصل العقد ، فاذا وقع أحد المتنافيين صحيحاً فلا بدّ من امتناع وقوع الاخير أو ابطال صاحبه ، أو ايقاعه على غير وجهه ، و حيث لا سبيل الى الاخيرين يتعيّن الاوّل ، مندفعة بأنّه لا مانع من الالتزام بالابطال اذا ساعد عليه

الدليل ، و قد عرفت في تقريب الكشف الانقلابي أنّه لا مانع من البناء على ملكية المالك للمبيع قبل الاجازة و بعد الاجازة يحكم بكونها ملكاً للمشتري من حين العقد ، و كذا نقول في عقد الاجارة ، فانّه صحيح قبل الاجازة و بعدها يحكم ببطلانه .

فان قلت : لا يمكن عموم دليل النفوذ لعقد الاجارة و للعقد المجاز ، فلا بدّ من البناء على خروج أحدهما ، و عند الدوران يتعيّن البناء على خروج اللاحق .

قلت : السبق الزماني لا أثر له في الترجيح ما لم يكن تقدّم رتبيّ ، و من المعلوم انّ صحّة العقد المجاز لمّا كانت مقتضية لخروج المال عن ملك المالك كان رافعاً لموضوع عقد الاجارة ، لاختصاص دليل النفوذ بما كان صادراً عن المالك ، فشمول العموم للعقد المجاز يوجب خروج عقد الاجارة عن موضوع النفوذ فيكون تخصيصاً ، بخلاف شموله للاجارة و اخراج العقد المجاز فانّه تخصيص بلا مخصّص .

ثمّ لو سلّم شمول الدليل لعقد الاجارة فغاية ما يقتضي امتناع الكشف من حين العقد لا بطلان العقد رأساً ، كما تقدم ذلك في مسألة : من باع ثمّ ملك ، و اجماع أهل الكشف على كون الاجازة مؤثّرة من حين العقد ليس بثابت على نحو يكون حجة ، و لذا لم نلتزم به في تلك المسألة ، فلاحظ .

و من ذلك تظهر صحّة الاجازة على الكشف الحكمي ، و أمّا بناء على النقل فلا اشكال ، كما لو باع بعد الاجارة فانّ البيع لا يبطل و لا الاجارة تمنع منه .

عدم الفرق في تحقق الرد بين صدور تلك التصرفات حال الالتفات أو في غير حال الالتفات

و ان كان التصرف على النحو السادس، كتعريض المبيع للبيع فتارة يكون مع الالتفات الى العقد، و اخرى مع عدمه.

فان كان الاوّل فالظاهر عدم الفرق بين المقام و غيره من موارد الايقاع في تحقّقه بالفعل كتحقّقه بالقول، لأنّك قد عرفت أنّ حقيقة الايقاع الالتزام النفساني بالموقع و اعتبار اللفظ أو الفعل من باب الطريق اليه، وكما أنّ اللفظ طريق اليه كذلك الفعل.

و دعوى أنّ الفعل لا دلالة فيه لاجماله و احتماله الوجوه المختلفة، مدفوعة بأنّ الفعل قد يكون محفوفاً بما يكون قرينة على صدوره عن داعي الالتزام المذكور، و لا يعتبر في الطريق الى الالتزام أن يكون دالاً بنفسه بلا قرينة، كيف و دلالة اللفظ على ذلك الالتزام ايضاً بالقرينة الحالية، و الاّ فهو مشترك بين الخبر و الانشاء، و تعيين أحدهما انّما يكون بقرينة خارجة عن اللفظ، فاذا صدق الردّ عرفاً جرت عليه أحكامه للاطلاق المقامي لادلّة تلك الاحكام، و احتمال اعتبار خصوص اللفظ في صدق الرد عرفاً تعبّداً منهم مجازفة لعدم خصوصية له من بين الايقاعات العقدية و الايقاعية.

نعم يمكن أن يقال: مانعية الردّ من تأثير الاجازة بحيث يخرج به العقد عن صلاحية الاضافة الى المالك بالاجازة اذا كان مستفاداً من دليل لفظي يمكن أن يكون له الاطلاق المقامي الموجب لتطبيقه على الرد الفعلي العرفي، أمّا اذا كان مستفاداً من دليل لبّي و هو الاجماع يتعيّن الرجوع في غير الفرد المتيقّن الى الدليل الدالّ على صحّة العقد بالاجازة و ان تخلّل الردّ.

و من ذلك يظهر الاشكال في التمسك بصدق الردّ عـلى الردّ الفـعلي كصدقه على الردّ القولي ،كالاشكال في التمسك بفحوى الاجماع على حصول الفسخ من ذي الخيار بمثل الوطء و البيع و العـتق ، مـضافاً الى الاشكال في الفحوى من جهة توقّف التصرفات المذكورة على الفسـخ و عدم التوقف في المقام على الردّ ، فتأمّل جيّداً .

و ان كان الثاني فلا ينبغي التأمّل في عدم كونه ردّاً ، لانتفاء الالتفات المقوّم للانشاء ، و قد عرفت أنّه انشائي لا يتحقّق الاّ بقصد وقوعه .

حكم ما لم يجز المالك العقد الفضولي

فان كانت العين في يده فلا اشكال ، و ان كانت في يد الفضولي أو غيره جاز له انتزاعها منه ان كانت موجودة ، و ان كانت تالفة فان لم تكن اليد ضامنة فلا شيء ايضاً ، و ان كانت ضامنة رجع ببدل العين من مثل أو قيمة و كذا بمنافعها ، على ما تقدّم في حكم القبوض بالعقد الفاسد .

١ ـ حكم المشتري مع الفضولي

و أمّا حكم المشتري مع الفضولي ، فتارة يكون في رجوعه عليه بالثمن الّذي دفعه اليه ، و اخرى في رجوعه بما غرمه للمالك أو لغيره ، فهنا مقامان :

المقام الاوّل : الكلام في الثمن

ان كان المشتري جاهلاً رجع بالثمن اجماعاً كما في مفتاح الكرامة ، لعدم ما يوجب خروجه عن ملكه ، و مقتضى عموم على اليد رجوعه عليه مع التلف .

لو كان المشتري عالماً بالفضولية

و ان كان عالماً فالمشهور كما قيل أنّه لا يرجع عليه بالثمن مع بقائه ، بل عن الايضاح نسبته في موضع الى قول الاصحاب و في آخر الى نصّهم ،

و عن موضع من جامع المقاصد نسبته الى ظاهر الاصحاب ، و عن الروضة الى ظاهر كلامهم ، و عن جملة من كتب العلامة و ولده و الشهيدين و غيرهم جواز الرجوع لعدم ما يقتضي الانتقال الى البائع و بطلان ما يقتضي الانتقال الى غيره ، و مجرّد تسليط المشتري البائع لا يقتضي ملكه ايّاه .

و دعوى أنّه ملكه الغاصب لاعراض المالك أو يأسه منه أو كون ذلك عقوبة له حيث دفع ماله معاوضاً به على محرم كما ترى .

و أمّا مع تلفه ، فالمحكي عن جماعة دعوى الاجماع على عدم رجوع المشتري ببدله و براءته من ضمانه ، قال في محكي التذكرة : «لو كان عالماً لا يرجع بما اغترم و لا بالثمن مع علم الغصب مطلقاً عند علمائنا» ، و نحوها غيرها ، و استدلّ بأنّه سلّطه على الثمن بلا عوض .

و اوضح ذلك شيخنا الاعظم رحمه الله بأنّ الضمان ان كان لعموم على اليد فهو مخصّص بموارد الاستئمان ، كالوديعة و العارية و مال المضاربة و العين المستأجرة ، فاذا دلّ الدليل على خروجها عن العموم المذكور فقد دلّ بالفحوى على خروج المقام ايضاً ، لانّ التسليط فيه ليس مقيّداً بحيثية دون اخرى ، و لا ينتظر فيه انتهاء أمد بعينه بخلاف الموارد المذكورة .

فان قلت : التسليط في المقام ليس مجّانياً بل في مقابل العوض و هو المبيع ، فهو نظير التسليط في سائر موارد العقود الفاسدة لا يمنع من تطبيق عموم اليد ، و لا مجال لمقايسته بموارد الامانات الّتي لا معاوضة فيها أصلاً .

قلت : العوض المقصود المعاوضة عليه ليس مال البائع ، لكون المفروض كونه فضوليّاً ، فتسليطه على الثمن ليس في مقابل ماله بل في

مقابل مال غيره ، فدفعه اليه كدفعه الى ثالث لا يخرج عن كونه تسليطاً مجّانيّاً له .

و من ذلك يظهر الفرق بين المقام و المقبوض بالعقد الفاسد الّذي يكون التسليط فيه في مقابل مال القابض لا مجاني .

كما أنّ من ذلك يظهر عدم الضمان في المقام لو قلنا به في المقبوض بالعقد الفاسد لقاعدة الاقدام كما تمسّك بها بعض العظام ، اذ لا اقدام من البائع هنا على ضمان العين بماله و انّما أقدم على ضمانها بمال غيره ، و ذلك اقدام منه على قبضها بلا ضمان .

المناقشة فيما ذكر في المقام

و يشكل ما ذكر :

أوّلاً بأنّ دفع الثمن الى البائع لم يكن ابتدائيّاً بل كان جرياً على المعاوضة الواقعة بينهما ، فالثمن المدفوع لم يكن مدفوعاً بعنوان كونه مال الدافع بل بعنوان كونه مال المدفوع اليه و لو تشريعاً ، مبنيّاً على تشريعه مالكية الغاصب المصحّح لايقاع المعاوضة له ، فكيف يصحّ قياسه على موارد الاستئمان ، فضلاً عن كون الدلالة عليه بالفحوى ، مع أنّ المدفوع فيها لم يكن بذلك العنوان ، و انّما كان بعنوان كونه مال الدافع .

على أنّه لو بني على الغض عن تشريع مالكية الغاصب فالدفع بعد ما كان بداعي الوفاء بالمعاملة و الجري على مقتضاها لا بدّ أن يكون بعنوان كونه مال المالك للمبيع لا بعنوان كونه مال نفسه أعني المشتري ، فلا مجال للخروج عن عموم على اليد بمجرد تخصيصه بموارد الاستئمان للفرق بين المقامين ، كما لعله ظاهر بالتأمّل .

فان قلت : الدفع الخارجي بعد ما كان من الامور الخارجية امتنع تقييد

موضوعه بمثل العنوان المذكور ، لانّ موضوعها الفرد الخارجي على ما هو عليه من القيود ، و ليس صالحاً للاطلاق و التقييد كي يـصحّ تـقييده بالعنوان المذكور ، فمن ضرب أحداً لكونه عدواً وقع عليه الضرب و لو كان صديقاً ، فاذا كان الثمن ملكاً للمشتري فدفعه الى البائع كان دفعاً له بما هو مال المشتري ، و يمتنع تقييده بما هو مال المدفوع اليه أو مـال المالك .

قلت : الدفع الخارجي ليس موضوعاً لاثر شرعي بل الاثر الشرعي تابع لقصد الدافع ، فدفع الانسان ماله الى غيره تارة يكون بقصد تمليكه فيكون هبة ، و اخرى بقصد المعاوضة عليه فيكون بـيعاً ، و ثـالثة بـقصد الاذن و الترخيص في التصرف فيه فيكون عارية ، و رابعة بقصد استئمانه على حفظه فيكون وديعة ، فالاثر انّما يكون لذلك المعنى الايقاعي الحاكي عنه الدفع الخارجي .

و من المعلوم أنّ المعاني الايقاعية و نحوها ممّا يتعلّق بالصور الذهنية ممّا يجوز تقييد موضوعه بأيّ عنوان كان له دخل في ثبوته له ، فيصحّ أن تقول : بعتك هذا العبد الكاتب ، و ان لم يكن كاتباً ، فلا مانع من أن يتقيد موضوع الدفع بعنوان كونه مالاً للمدفوع اليه عوضاً عن ماله ، من دون فرق بين صورتي الجهل بالفساد و العلم به ، غاية الامر انّه لايمكن قصد الدفع المتعلّق بالمال الخاص الاّ بعد البناء على ثبوت الخصوصية و لو للتشريع في السبب كما في دفع الثمن الى الغاصب ، بل و كذا في مطلق المدفوع جرياً على العقد الفاسد .

ففي المقام لم يقصد الدافع دفع مال نفسه ليتصرّف فيه الغاصب ، و انّما قصد دفع مال الغاصب اليه ، فليس المقصود الاّ تمكين الغاصب من ماله لا من مال الدافع .

و بالجملة لا فرق بين المقام و المقبوض بالعقد الفاسد ، و مجرّد الفرق بأنّ المشتري في المقام لم يقصد تضمين البايع بالمعاوضة معه و انّما قصد تضمين المالك بخلاف باب المقبوض بالعقد الفاسد لا يجدي بعد بنائه على كون البائع مالكاً و لو لاجل التشريع في السبب ، فيكون الدفع اليه دفعاً لماله لا لمال المشتري .

و بذلك ايضاً يندفع ما يقال : انّه لا يمكن تضمين الغاصب بهذا الدفع ، لانّ المفروض انّ الضمان المعاوضي مع المالك و فى مال واحد لا يمكن جعل ضمانين.

وجه الاندفاع انّ تضمين الغاصب الجعلي ليس في عرض تضمين المالك ، و انّما هو في طوله لاجل التشريع في مالكيّته كما عرفت ، و التضمين الشرعي باليد لا ينافي ذلك التضمين الجعلي الّذي لم يسلم للمشتري بعد فرض بطلان العقد .

و ثانياً : لانّه لو سلّم ذلك فغاية ما يقتضي الحاق المقام بموارد الاستئمان عدم الضمان باليد لا عدمه بالاتلاف ، فلانّه لا اشكال في ثبوت الضمان به فيها .

نعم لو كان المنشأ في نفي الضمان التسليط المجاني كان المتعيّن نفي الضمان و لو مع الاتلاف ، لكن ذلك ايضاً لا يناسب القول بحرمة التصرف لانّه أكل للمال بالباطل ، كما قوّاه شيخنا الاعظم رحمه الله .

و المتحصّل أنّ مقتضى القواعد الاوّلية الضمان باليد في المقام كما هو حكم المقبوض بالعقد الفاسد ، و كأنّه لذلك كان المحكي عن المحقق رحمه الله في بعض تحقيقاته ذلك ، و عن اللمعة و الروضة أنّه غير بعيد اذا كان المشتري متوقّعاً للاجازة ، و عن المسالك انّه لولا دعوى الاجماع عليه في التذكرة لكان في غاية القوة ، و مثله عن الرياض ، لكن في جواز

الاعتماد على مثل هذا الاجماع المعلوم المستند تأمّل أو منع .

و من ذلك يظهر حرمة تصرّف الفضولي بالثمن، لأنّه بلا اذن بعد ما كان الدفع بعنوان كونه مالاً له لا مالاً للدافع ، على ما عرفت في المقبوض بالعقد الفاسد .

تنبيه

فساد العقد الّذي يستتبع القبض تارة يكون لصدوره من الفضولي ، و اخرى لخلل فيه من غير جهة العوضين ، و ثالثة يكون من جهة عدم اشتماله على التعويض من الطرفين ، كما في : بعتك بلا ثمن ، و : آجرتك بلا اجرة ، و رابعة من جهة كون أحد العوضين ليس مالاً شرعاً مع كونه مالاً عرفاً كالخمر ، و خامسة من جهة عدم كونه مالاً عرفاً كالحشرات .

و قد عرفت هنا أنّ القبض في الاوّل يستتبع الضمان ، كما عرفت في مبحث القبض في العقد الفاسد انّ القبض في الثاني يستتبع الضمان ايضاً ، و كذا في الرابع لعموم الضمان باليد ، و أمّا الثالث و الخامس فالقبض فيهما لا يستتبع الضمان ، لقصور عموم على اليد الوارد مورد احترام مال المالك عن شمول صورة كون المالك في مقام الاقدام على هتك حرمة ماله .

٢ ـ فيما يغرمه للمالك زائداً على الثمن

و هو امّا أن يكون في مقابل العين كزيادة القيمة على الثمن ، كما لو تلفت العين و كانت قيمتها أكثر من الثمن الّذي رجع به ، فانّ هذه الزيادة يستحقّها عليه المالك ، فاذا دفعها اليه رجع بها على المشتري ، و امّا أن يكون في مقابل المنافع المستوفاة كسكنى الدار .

و امّا أن لا يكون في مقابله نفع عائد اليه ، سواء أكان الاغترام للمالك كضمان المنافع غير المستوفاة ، أو الاعيان التالفة من صوف أو لبن أو قيمة الولد المنعقد حرّاً ، أو لا للمالك كالنفقة و ما صرفه في العمارة أو نحو ذلك .

الف : ما لا يكون في مقابله نفع عائد الى المشتري

و الظاهر أنّه لا اشكال في عدم الرجوع بشيء من ذلك اذا كان عالماً ، و في الجواهر : لا خلاف و لا اشكال ، لعدم الدليل و الاصل يقتضي العدم ، و أمّا اذا كان جاهلاً فالمعروف الرجوع على المشتري في القسم الثالث ، بل قيل انّه اجماع ، بل في الجواهر الاجماع بقسميه عليه .

و استدلّ له تارة بقاعدة : المغرور يرجع على من غرّه ، و اخرى بقاعدة نفي الضرر .

لكنّ العمدة في دليل الاوّل النصوص الواردة في خيار التدليس المتضمنة لرجوع الزوج الى المدلّس بالمهر و بما اغترم من قيمة الولد معلّلاً بقوله عليه‌السلام : « لانّه دلّسها » [1] ، و بقوله عليه‌السلام : « كما غرّ الرجل

---

١ ـ عن رفاعة بن موسي قال : سألت أبا عبدالله عليه‌السلام ـ الى أن قال : ـ و سألته عن البرصاء؟ فقال : قضي امير المؤمنين عليه‌السلام في امرأة زوجها وليها و هي برصاء ان لها المهر بما استحل من فرجها ، و ان المهر على الذي زوّجها ، و إنما صار عليه المهر لانه دلسها (الكافي ٤٠٦:٥، عنه الوسائل ٢١٢:٢١).

عن أبي عبيدة عن أبي جعفر عليه‌السلام قال في رجل تزوج امرأة من وليها فوجد بها عيباً بعد ما دخل بها ، قال : فقال : إذا دلست العفلاء و البرصاء و المجنونة و المفضاة و من كان بها زمانة ظاهرة فانها ترد على اهلها من غير طلاق و يأخذ الزوج المهر من ولها الذي كان دلسها ـ الحديث (الكافي ٤٠٨:٥، التهذيب ٤٢٥:٧، الاستبصار ٢٤٧:٣، عنهم الوسائل ٢١١:٢١).

و خدعه»[١] ، و ظاهرها الاختصاص بصورة علم البائع بالحال فلا يشمل صورة الجهل لعدم صدق الخديعة معه .

و قاعدة الضرر تختص بصورة ترتّب الضرر على اثبات الحكم ، فلا تعمّ صورة ترتّبه على عدمه كما في المقام ، فانّ الموجب للضرر عدم الحكم برجوع المشتري على البائع فلا تصلح لاثبات الحكم بالرجوع ، مضافاً الى أنّ الرجوع على البائع بالغرامة ضرر على البائع فلا تصلح القاعدة لاثباته .

نعم تدلّ عليه صحيحة جميل عن ابي عبد اللّه عليه السلام في الرجل يشتري الجارية من السوق فيولد ثمّ يجيء مستحقّ الجارية ، قال عليه السلام : «يأخذ الجارية المستحقّ و يدفع اليه المبتاع قيمة الولد و يرجع على من باعه بثمن الجارية و قيمة الولد الّتي أخذت منه»[٢] .

عن الحلبي عن أبي عبدالله عليه السلام في حديث قال : إنما يرد النكاح من البرص و الجذام و العفل ، قلت : أرأيت إن كان قد دخل بها كيف يصنع بمهرها ؟ قال : المهر لها بما استحل من فرجها و يغرم وليها الذي انكحها مثل ما ساق اليها (الفقيه ٣:٢٧٣، التهذيب ٧:٤٢٦، الاستبصار ٣:٢٤٧، عنهم الوسائل ٢١:٢١٣).

عن على بن جعفر عن اخيه عليه السلام قال : سألته عن امرأة دلست نفسها لرجل و هي رتقاء؟ قال : يفرق بينهما و لا مهر لها (قرب الاسناد :١٠٩، عنه الوسائل ٢١:٢١٤).

١ ـ عن اسماعيل بن جابر قال : سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل نظر الى امرأة فأعجبته فسأل عنها فقيل : هي ابنة فلان، فأتي أباها فقال : زوجني ابنتك ، فزوجه غيرها فولدت منه ، فعلم بها بعد انها غير ابنته و انها امة؟ قال : ترد الوليدة على مواليها و الولد للرجل ، و على الذي زوّجه قيمة ثمن الولد يعطيه موالى الوليدة ، كما غر الرجل و خدعه (الكافي ٥:٤٠٨، عنه الوسائل ٢١:٢٢٠).

٢ ـ عن جميل بن دراج عن أبي عبدالله عليه السلام في الرجل يشتري الجارية من السوق

فانّ حريّة الولد امّا أن تعدّ نفعا للمشتري أو لا ، و على التقديرين يثبت المطلوب ، اذ على الاوّل تكون الدلالة بالفحوى ، و سكوت روايتي زرارة[١] و زريق[٢] عن التعرض لذلك لا يهمّ ، امّا لعدم كون الكلام في مقام البيان من هذه الجهة ، فلا مجال لتوهّم المنافاة للصحيحة ، أو في مقام البيان فتقدّم عليه الصحيحة لأنّه أظهر كما لا يخفى .

← فيولدها ثم يجيء مستحق الجارية قال : يأخذ ـ الحديث (التهذيب ٧:٨٢، الاستبصار ٣:٨٤، عنهما الوسائل ٢١:٢٠٥).

١ ـ عن زرارة قال : قلت لابي عبدالله عليه السلام :رجل اشتري جارية من سوق المسلمين فخرج بها الى ارضه فولدت منه أولاداً ، ثم ان أباها يزعم انها له و اقام على ذلك البينة، قال : يقبض ولده و يدفع اليه الجارية و يعوضه في قيمة ما اصاب من لبنها و خدمتها (التهذيب ٧:٨٣، الاستبصار ٣:٨٥، عنهما الوسائل ٢١:٢٠٤).

٢ ـ عن زريق قال : كنت عند الصادق عليه السلام إذ دخل عليه رجلان ـ الى أن قال : ـ فقال أحدهما : انه كان عليّ مال لرجل من بنى عمار و له بذلك ذكر حق و شهود ، فأخذ المال و لم استرجع منه الذكر بالحق و لا كتبت عليه كتابا ، و لا أخذت منه براءة ، و ذلك لاني وثقت به و قلت له : مزق الذكر بالحق الذي عندك ، فمات و تهاون بذلك و لم يمزقها ، و عقب هذا ان طالبني بالمال ورّاثه و حاكموني و اخرجوا بذلك الذكر بالحق ، و اقاموا العدول فشهدوا عند الحاكم فاخذت بالمال ، و كان المال كثيراً فتوارثت من الحاكم ، فباع عليّ قاضى الكوفه معيشة لي و قبض القوم المال ، و هذا رجل من اخواننا ابتلي بشراء معيشتي من القاضي ، ثم ان ورثة الميت اقروا ان المال كان أبوهم قد قبضه و قد سألوه أن يرد على معيشتي و يعطونه في أنجم معلومة، فقال : اني احب أن تسأل أبا عبدالله عليه السلام عن هذا ، فقال الرجل ـ يعنى المشتري ـ جعلني الله فداك كيف اصنع ؟ فقال عليه السلام : تصنع أن ترجع بمالك على الورثة و ترد المعيشة الى صاحبها و تخرج يدك عنها.

قال : فاذا فعلت ذلك له أن يطالبني بغير هذا ؟ قال : نعم له أن يأخذ منك ما اخذت من الغلة ثمن الثمار و كل ما كان مرسوماً في المعيشة يوم اشتريتها يجب أن ترد ذلك الا ما كان من زرع زرعته انت ، فان للزارع اما قيمة الزرع و اما أن يصبر عليك الى وقت حصاد الزرع ـ الحديث (امالي الطوسي ٢:٣٠٩، عنه الوسائل ١٧:٣٤٠).

و من ذلك يظهر ضعف ما في الحدائق من عدم الرجوع على المشتري لخلوّ رواية زريق عن التعرض لذلك مع أنه في مقام البيان .

ب : ما يكون في مقابله نفع عائد الى المشتري

و أمّا القسم الثاني ، أعني ما يكون في مقابله نفع عائد الى المشتري ، فالمشهور فيه الرجوع الى البائع ايضاً ، و بل عن التنقيح : « انّ عليه الفتوى لقاعدة الغرور المتّفق على العمل بها فيمن قدّم مال الغير الى غيره الجاهل فأكله» ، فانّ المالك اذا رجع الى الآكل بالبدل رجع الآكل الى الباذل اجماعاً ظاهراً كما ادّعاه شيخنا الاعظم ﵀ ، و لا يوجد فرق بينه و بين المقام ، كما أنّه ورد في الاخبار رجوع المحكوم عليه على شاهد الزور [1] ، و لا يوجد ايضاً فرق بينه و بين المقام .

و فيه انّه اذا كان المقصود عدم وجدان الفرق بين ما نحن فيه و بين المقامين في ثبوت حكم الرجوع ، فعدم وجدانه لا يقتضي عدم وجوده ، و ان كان المقصود عدم وجدان الفرق في شمول دليل القاعدة فلا بد أوّلاً من النظر فيه ليعلم شموله و عدمه ، فنقول :

ما يستدّل به على قاعدة الغرور و المناقشة فيه

قد استدل للقاعدة تارة بقاعدة الضرر ، كما قد نسب الى الرياض ، و ان كانت عبارته لا تساعد عليه .

و اخرى بقاعدة الاتلاف ، كما يقتضيه جعلها مبنيّة على قوّة السبب

---

١ ـ عن محمد بن مسلم ، عن أبي عبدالله ﵇ في شاهد الزور ما توبته ، قال : يؤدي من المال الذي شهد عليه بقدر ما ذهب من ماله ، ان كان النصف أو الثلث ، ان كان شهد هذا و آخر معه (الكافي ٧:٣٨٣، التهذيب ٦:٢٦٠، عقاب الاعمال :٢٦٩، عنهم الوسائل ٢٧:٣٢٧).

على المباشر ، كما هو ظاهر الجواهر في كتاب الغصب ، أو قاعدة الاتلاف بالنسبة الى الغرامة الواردة على المشتري كما يظهر من شيخنا الاعظم رحمه الله حيث جعل من الوجوه المصحّحة للقاعدة كون الغار سبباً في تغريم المغرور كشاهد الزور .

و ثالثة بالاجماع المحكي عن الايضاح على تقديم السبب اذا كان أقوى .

و رابعة بالنصوص الواردة في تدليس الزوجة المتضمّنة للرجوع على المدلّس بالمهر و غيره معلّلاً في بعضها بأنّه دلّس ، و فى آخر بأنّه غرّ و خدع ، و الواردة في ضمان شاهد الزور على اختلاف مواردها ، و النبوي : «المغرور يرجع على من غرّه» .

هذا ، و قد عرفت آنفاً الاشكال في التمسك بقاعدة الضرر في المقام ، أمّا قاعدة الاتلاف المبنيّة على قوّة السبب بالاضافة الى المباشر ففي التمسك بها أوّلاً : المنع من هذه السببية في المقام ، اذ لم يصدر من البائع الاّ البيع القائم به و بالمشتري ، و ليس البائع سبباً لفوات تلك المنافع بل المشتري المباشر بالاختيار .

و ثانياً : لو تمّ اقتضى رجوع المالك عليه كما اختاره في الشرائع في كتاب الغصب ، لا رجوع المشتري عليه كما لا يخفى .

و أمّا قاعدة الاتلاف بالنسبة الى الغرامة ، فيظهر اشكال التمسك بها ممّا سبق ، فانّ خسارة المالك مستندة الى حكم الشارع بالضمان ، و هو مستند الى الاتلاف الاختياري للمشتري ، و ليس الاتلاف مستنداً الى تسبيب البائع ببيعه ، بل مستند الى الدواعي الّتي في نفس المشتري كسائر الافعال الاختيارية ، و ليست تلك الدواعي مستندة الى البائع ، مع أنّ الاكتفاء بمثل هذا المقدار من التسبيب في الضمان و في صحّة نسبة

الاتلاف يقتضي رجوع المالك الى البائع لا الى المشتري.

لانّ اتلاف مال المالك اذا كان ترتّبه على البيع يوجب استناد خسارة المشتري المترتّبة عليه الى البائع، فلان يوجب استناد خسارة المالك المترتّبة عليه الى البائع بطريق أولى، لانتفاء الواسطة بين الخسارة المذكورة و بين الاتلاف و وجودها في خسارة المشتري، و قد عرفت أنّ مقتضى ذلك رجوع المالك الى البائع لا الى المشتري فيرجع به المشتري على البائع كما هو مقتضى قاعدة الغرور.

و أمّا الاجماع على تقديم السبب اذا كان أقوى، فمع اجمال معقده و المتيقّن منه صورة صحّة نسبة الاتلاف عرفاً الى السبب دون المباشر، كما في الريح العاصفة الموجبة للاحراق، و الشمس الموجبة لاذابة الدهن، و نحوهما ممّا يكون المباشر بمنزلة الآلة عرفاً، و أين ذلك ممّا نحن فيه، أنّ مقتضاه ايضاً رجوع المالك على البائع لا رجوع المشتري عليه بعد رجوع المالك عليه، على ما عرفت فيما سبق.

و أمّا الاخبار الواردة في تدليس الزوجة، فالتعليل فيها و ان كان يقتضي التعدي عن موردها الى غيره ممّا شاركه في الخديعة و التدليس، لكنّه يختصّ بصورة علم الغار لا يشمل صورة الجهل كما عرفت آنفاً.

مضافاً الى أنّ الاخذ بظاهر التعليل يقتضي الالتزام بالمضمان في موارد كثيرة، لا يظن بناء الاصحاب على الضمان فيها، كما لو أخبر مخبر بأنّ الاكل الفلاني نافع لمرض كذا، أو له فائدة كذا، أو أنّ الموضع الفلاني فيه معدن كذا، فعمل بخبره فلم يحصل لهم الغرض المقصود، فانّه لا يظنّ الالتزام بضمان الخسارة في أمثال ذلك.

و أمّا النصوص الواردة في شاهد الزور، فالتعدّي عن موردها الى المقام يحتاج الى قرينة، نعم قد يظهر من صحيح جميل عموم الحكم

فقد روى عن ابي عبد اللّه عليه السلام في شاهد الزور : «ان كان الشيء قائماً بعينه ردّه على صاحبه و ان لم يكن قائماً ضمن بقدر ما أتلف من مال الرجل» [١].

لكن ظاهر مورده الشهادة عند الحاكم و ترتّب حكم الحاكم على الشهادة بنحو اللزوم و اللابدية لوجوب الحكم على طبق الشهادة و ليس كذلك في مطلق الغرور ، مع أنّ الظاهر من شهادة الزور الشهادة مع العلم بالخلاف فلا يشمل صورة الجهل ، مضافاً الى أنّ مفاد الصحيح الضمان للمالك لا للحاكم المغرور .

و كذا مفاد ما ورد في الشهادة بالزنا فقتل المشهود عليه و قال الشاهد : تعمّدت الشهادة زوراً [٢]، و ما ورد فيمن شهد بالسرقة فقطعت يد المشهود عليه ثمّ رجع الشاهد [٣].

---

١ ـ عن جميل ، عن أبى عبدالله عليه السلام في شاهد الزور قال : ان كان الشيء قائماً بعينه ردّ على صاحبه ، و ان لم يكن قائماً ضمن بقدر ما أتلف من مال الرجل (الكافي ٧:٣٨٤، التهذيب ٦:٢٥٩، الفقيه ٣:٣٥ ، عنهم الوسائل ٢٧:٣٢٧).

٢ ـ عن مسمع كردين ، عن أبى عبدالله عليه السلام في أربعة شهدوا على رجل بالزنا فرجم ، ثمّ رجع أحدهم ، فقال : شككت في شهادتي ، قال : عليه الدية ، قال : قلت : فانه قال : شهدت عليه متعمداً ، قال : يقتل (الفقيه ٣:٣٠، عنه الوسائل ٢٧:٣٢٩).

عن ابن محبوب ، عن بعض أصحابه ، عن أبي عبدالله عليه السلام في أربعة شهدوا على رجل محصن بالزنا ثمّ رجع أحدهم بعد ما قتل الرجل ، قال : ان قال الرابع : أوهمت ، ضرب الحد و أغرم الدية ، و ان قال : تعمدت ، قتل (الكافى ٧:٣٨٤، التهذيب ٦:٢٦٠، ١٠:٣١١ ، عنهم الوسائل ٢٧:٣٢٨).

٣ ـ عن محمد بن قيس ، عن أبي جعفر عليه السلام قال : قضى أمير المؤمنين عليه السلام في رجل شهد عليه رجلان بأنه سرق ، فقطع يده ، حتى اذا كان بعد ذلك جاء الشاهدان برجل آخر ، فقالا : هذا

و كذا ما ورد فيمن شهد بموت الزوج أو طلاقه لزوجته فتزوّجت ثمّ جاء زوجها أو رجع الشاهد ، فانّ في بعض تلك النـصوص أنّ الشـاهد يضمن للزوجة المهر عن الرجل [1].

نعم في بعضها انّه يضمن للرجل [2]، لكن ليس فيه فرض غرور الرجل ، بل ظاهره الشهادة للمرأة فتكون هي المـغرورة بـالشاهد و هـي الغـارة لزوجها الثاني لا الشاهد ، فرجوع الزوج على الشـاهد ليس مـن رجـوع المغرور الى الغارّ ، بل يشبه أن يكون مـن الرجـوع الى السـبب الاوّل ، فلاحظ .

و بـالجملة ظـاهر نـصوص شـاهد الزور أنّ الضـمان فـيها بـالاتلاف المستند الى التسبيب بالغرور لا بقاعدة الغرور ، و لذا عدّ في الجواهـر نصوص ضمان الشاهد في سلك نصوص ضمان السبب ، و ان عدّ منها ايضاً ما دلّ على رجوع المغرور ، و لعلّ مراده الرجوع في ضـرر نـفسه لا في ضرر غيره الّذي ضمنه .

← السارق ، و ليس الذى قطعت يده ، انما شبهنا ذلك بهذا ، فقضى عليهما ان غرمهما نصف الدية ولم يجز شهادتهما على الاخر (الكـافي ٧: ٣٨٤، التـهذيب ٦: ٢٦١، عـنهما الوسـائل ٢٧: ٣٣٢).

١ ـ عن أبى بصير ، عن أبي عبدالله عليه السلام في امرأة شهد عندها شاهدان بأن زوجها مات ، فتزوجت ، ثم جاء زوجها الاول ، قال : لها المهر بما استحلّ من فرجها الاخـير ، و يـضرب الشاهدان الحد ، و يضمنان المهر لها عن الرجل ، ثمّ تعتدّ و ترجع الى زوجـها الاول (الفـقيه ٣: ٣٦، التهذيب ٦: ٢٨٦، عنهما الوسائل ٢٧: ٣٣٠).

٢ ـ عن ابراهيم بن عبدالحميد ، عن أبي عبدالله عليه السلام في شاهدين شهدا على امـرأة بأن زوجها طلّقها ، فتزوّجت ، ثم جاء زوجها الاول فأنكر الطلاق ، قال : يضربان الحد و يضمنان الصداق للزوج ، ثم تعتد ، ثم ترجع الى زوجـها الاول (الكـافي ٧: ٣٨٤، التـهذيب ٦: ٢٦٠، الاستبصار ٣: ٣٨ ، عنهم الوسائل ٢٧: ٣٣٠).

و أمّا النبوي المشهور : «المغرور يرجع على من غرّه» ، فسنده قاصر ولم يثبت انجباره بعمل ، و مجرّد الموافقة لفتوى المشهور في بعض المقامات لا يكفي في الانجبار.

و الّذي يتحصل ممّا ذكرنا أنّه لا دليل على قاعدة الغرور كليّة ، و انّه يمكن استفادتها في خصوص صورة علم الغارّ من نصوص تدليس الزوجة.

و منه يظهر الاشكال في التمسك بها في المقام على ضمان البائع مطلقاً و لو كان جاهلاً ، كالاشكال في التمسك بصحيحة جميل المتقدمة ، لعدم ثبوت كون موردها أعني حريّة الولد من قبيل النفع العائد اليه ، بل الظاهر منه النفع المالي و ليست الحرية منه.

كما يظهر الاشكال ايضاً فيما في غصب الشرائع من بنائه على رجوع المالك الى البائع الغاصب في ضمان ما حصل للمشتري في مقابلته نفع ، كسكنى الدار و ثمرة الشجرة و الصوف و اللبن ، لأنّه سبب الاتلاف ، و مباشرة المشتري مع الغرور ضعيفة فيكون السبب أقوى ، كما لو غصب طعاماً و أطعمه المالك ، حكاه قولاً و جعله الاشبه.

اذ فيه انّ هذا المقدار من الغرور لا يصحّح نسبة الاتلاف الى الغارّ كي يكون لا ضمان عليه لا غير ، نعم لو أمكن التعدي عن مورد نصوص شاهد الزور كان القول المذكور في محلّه ، لكن عرفت اشكاله ، مضافاً الى مخالفته لنصوص التدليس لاتّحادها معها مورداً و مخالفتها لها حكماً.

كما يظهر الاشكال ايضاً فيما حكاه في الشرائع قولاً آخر ، و نسب الى الخلاف و موضع من المبسوط و السرائر و ظاهر الرياض ، و مال اليه في الجواهر : من عدم رجوع المشتري على الغاصب مطلقاً بعد رجوع المالك عليه للاصل ، و عدم جريان قاعدة الغرور في المقام ، امّا

لاختصاصها بصورة الضرر المنتفي في المقام لحصول العوض للمشتري كما في الرياض ، أو لاختصاصها بصورة ترتّب فعل الغير على فعله من حيث المجّانية ابتداء كالاباحة و الهبة و العارية و نحوها ، بخلاف ترتّب فعل المشتري على زعم كونه مالكاً كما في الجواهر .

وجه الضعف ما عرفت ، من أنّ الاختصاص المذكور خلاف اطلاق دليلها المتقدّم ، و الفرق بين زعم المجانية و الملكيّة بعيد جدّاً ، و لا يظنّ من الجواهر الالتزام بأنّ من قدّم طعاماً الى شخص فأكله فتبيّن أنّه مال غيره ، فان كان المقدم أخبره بأنّه لنفسه أي الباذل رجع الآكل عليه للغرور ، و ان أخبره أنّه للآكل لم يرجع عليه .

عدم الفرق بين أن يكون تغريره باخباره بأنّ العين له أو بمجرّد كون العين تحت يده

ثمّ انّه لا فرق في رجوع المشتري الى البائع الغارّ له بين أن يكون تغريره باخباره بأنّ العين له و بين أن يكون بمجرّد كون العين تحت يده ، فانّ استيلاءه على العين اذا كان امارة على كونها له كان اخباراً بالفعل لا بالقول .

نعم لو قلنا بأنّ حجّية اليد على الملكيّة من باب الاصل العقلائي لا بكونها امارة عليها كان اعتماد المشتري عليها اعتماداً على غير البائع فلا يكون مغروراً من قبله ، و لا مجال للرجوع عليه بقاعدة الغرور ، لكن المبنى ضعيف .

و أمّا القسم الاوّل فيظهر حكمه ممّا سبق لاشتراكهما في عدم الدليل على الضمان بالخصوص ، و فى جريان قاعدة الغرور و عدمه .

و دعوى الفرق بأنّ المشتري أقدم على ضمان العين و ليس في ذلك

مغروراً من قبل البائع بخلاف ما سبق ، مندفعه بأنّ الاقدام انّما كان على الضمان بمقدار الثمن لا بما زاد عليه ، فالضمان بمقدار الثمن لا رجوع فيه على الغاصب بخلاف الضمان بالزيادة عليه ، لعدم الغرور في الاوّل و ثبوته في الثاني كما لعله ظاهر بالتأمّل .

و لا فرق بين أن تكون الزيادة حاصلة حين العقد ، كما لو اشترى ما يساوي عشرين بعشرة فتلف في يد المشتري ، و بين أن تكون حاصلة بعد ذلك ، كما لو اشترى ما يساوى عشرة بعشرة فتلف في يد المشتري بعد ما صارت قيمته عشرين ، بل الحكم بالرجوع في الثاني لعلّه أظهر منه في الاوّل لبُعد مجييء شبهة الاقدام فيه على ضمان الزيادة بخلاف الاوّل فتأمّل .

حكم ضمان الجزء الفائت و الوصف الفائت

و منه يظهر حكم ضمان الجزء الفائت ، فانّه بحكم ضمان العين ، فان ضمنه المشتري بما يقابله من الثمن لم يرجع به على البائع ، و ان ضمنه بأزيد رجع به عليه ، لما تقدّم في ضمان الزيادة .

و أمّا الوصف الفائت ، فلمّا لم يكن طرفاً للمعاوضة كان حاله حال ضمان المنافع و النّماء ، لاشتراك الجميع في الغرور الموجب للرجوع على البائع ، فلو رجع المالك على المشتري بالعين فوجدها فاقدة لوصف رجع عليه ببدله لكونه مضموناً عليه باليد ، و رجع المشتري على البائع لكونه مغروراً من قبله .

و لا فرق بين وصف الصحة و غيره من الاوصاف في كون الجميع ليس طرفاً للمعاوضة ، و ثبوت الارش في خيار العيب تعبّدي لا لكون وصف الصحة طرفاً للمعاوضة ، و لذا لم يتعيّن الرجوع الى الارش فيه .

لو كان العقد فاسداً من غير جهة الفضولية

و لو كان العقد فاسداً من غير جهة الفضولية ففي رجوع المشتري بالغرامات الواردة عليه على البائع ،كما لو كان صحيحاً من غير الجهة المذكورة لصدق الغرور في الجملة و عدمه ، لأنه لو فرض صدق البائع في دعوى الملكيّة كانت الغرامة ثابتة ايضاً لفساد العقد من جهة اخرى وجهان ، أقربهما الاوّل .

لانّ الموجب للضمان القبض الجاري على مقتضى المعاملة الفاسدة و الغارّ هو السبب في الوقوع فيها ، اذ لو لم يغر المشتري فأخبره أنّه غاصب لما اشترى و لما وقع في القبض الجاري على ذلك الشراء المستتبع للضمان ، فالغرور هو الموقع في الضمان .

و قولنا : لو كان صادقاً لما وقع المشتري في الضمان ، ان كان المراد به أنّه لو كان الواقع على طبق قوله لما وقع المشتري في الضمان ، فهو و ان كان صحيحاً لكنّه لا يجدي في رفع الضمان عن الغار ، لانّ الرافع للضمان عنه عدم الغرور بمعنى مطابقة قوله للواقع لا مطابقة الواقع لقوله .

و بالجملة المعاملة الخاصّة لو لم يغر البائع المشتري فيها لما اشترى ، لانّ شراءه كان عن اعتقاد كون البائع مالكاً الناشيء عن ايهام البائع و خديعته ، و ان كان ايضاً ناشئاً عن اعتقاد صحّة المعاملة من سائر الجهات فمجموع الاعتقادين مؤثّر في الاقدام و باعث عليه ، فالعلة في أحد الاعتقادين و هو الغرور علّة للمجموع ، فيكون علّة للمعاملة و القبض الجارى عليها و الضمان المسبب عنه ، فلاحظ و تأمّل .

جواز رجوع المالك على البائع

كما يجوز رجوع المالك على المشتري بالعين و منافعها المستوفاة أو ما يعمّها و غير المستوفاة ، و كذا في الزيادات من اللبن و الصوف و الثمرة و نحوها ، يجوز ايضاً له الرجوع على البائع بجميع ذلك ، فهو مخيّر في الرجوع على أيّهما شاء .

لكن لو رجع على المشترى رجع هو على البائع في تدارك تلك الخسارة ان كان مغروراً من قبله ، و الاّ فلا رجوع له عليه ، و ان رجع على البائع فان كان المشتري مغروراً من قبل البائع لم يرجع البائع عليه ، و ان لم يكن مغروراً من قبله رجع البائع عليه .

أمّا رجوعه على كلّ منهما فهو مقتضى اليد ، و أمّا أنّه لو رجع على المشتري المغرور رجع المشتري على البائع ، فلما عرفت من قاعدة الغرور ، و أمّا عدم رجوع المشتري غير المغرور فمقتضى الاصل ، و أمّا انّه لو رجع على البائع الغار لم يرجع على المشتري فلانّه لغو ، اذ لو رجع عليه رجع المشتري عليه للغرور .

و أمّا انّه لو رجع على البائع غير الغار رجع البائع على المشتري ، فالظاهر انّه لا اشكال فيه و لا خلاف ، و هذه المسألة هي مسألة تعاقب الايدي ، و حكمها ما عرفت من رجوع المالك على كلّ من ذوي الايدي ، فان رجع على السابق رجع هو على اللاحق ، و ان رجع على اللاحق لم يرجع على السابق الاّ مع الغرور .

حكم الضمان مع تعاقب الايدي

الكلام فيها في مقامين: الاوّل حكم المالك بالاضافة الى كلّ واحد منهم، و الثاني حكم كلّ واحد منهم بالاضافة الى الآخر.

المقام الاوّل: حكم المالك بالاضافة الى كلّ واحد منهم

حاصل الكلام فيه أنّ ضمان كلّ واحد من ذوي الايدي المتعاقبة يلزم منه أن يكون للشيء الواحد ضمانان و ضامنان، لانّ المضمون ان كان نفس العين لزم أن تكون العين الواحدة في ذمم متعدّدة، و الواحد لا يكون في محال متعدّدة، و ان كان البدل من المثل أو القيمة لزم أن يكون للشيء الواحد بدلان، و أن يكون المالك ملك شيئين كلّ واحد منهما بدل عن ماله، و البدل لا يقبل التعدّد و التكثّر.

و الالتزام بأنّ البدل عن العين ليس كلّ واحد منهما بل أحدهما على البدل، ان كان المراد به أنّ كلّ واحد منهما بدل عن العين و الآخر بدل عنه فهو ممتنع، لانّ عنواني البدل و المبدل متضادّان لا يمكن اجتماعهما على شيء واحد، و ان كان المراد به أنّ البدل أحدهما المردّد فذلك ممّا لا خارجيّة له، اذ كلّ ما يفرض في الخارج فهو متعيّن فلا يكون مصداقاً للمردّد.

و ان كان المراد أنّ كلاً منهما بدل عند عدم ثبوت الآخر، فان كان المراد العدم السابق لزم ثبوت البدلين معاً، و ان كان المراد العدم المقارن

لزم انتفاؤهما معاً ، لانّ ثبوت أحدهما امّا مانع أو ملازم للمانع ، و ان كان المراد أنّ البدل أحدهما في ظرف عدم المطالبة أو عدم الاداء لزم ثبوت البدلين معاً قبل المطالبة و الاداء مع أنّهما فرع ثبوت البدل فيلزم المحذور.

و يمكن أن يقال : انّ ضمان العين ان كان بمعنى كونها في العهدة ، كما قد يقتضيه الجمود على ظاهر الموصول في النبوى : «على اليد ما أخذت حتّى تؤدّي» [١] ، لظهوره في كون المأخوذ بنفسه في الذمّة ، و أداء المثل أو القيمة انّما صار غاية للضمان بلحاظ كونه نحو أداء للعين و لو على سبيل العناية و المجاز.

فالمحذور اللازم من تعدّد الضامن ليس الاّ لزوم وجود الامر الواحد في الذمم المتعددة ، و كون الشيء الواحد في المحال المتعددة ، لكنّه ليس بمحذور ، اذ لا مانع من تعدّد المحلّ الاعتباري للامر الواحد الحقيقي بلحاظ تعدّد الوجود الاعتباري ، نظير وجود الشيء الواحد في الاذهان المتعدّدة بتعدّد صوره و اعتباراته ، و وجوب الاداء المتوجّه الى كلّ واحد من ذوي الذمم ليس الاّ كسائر الوجوبات الكفائية المتعلّقة بالمكلفين المتعدّدين الّتي تسقط بفعل واحد ، و ان صحّ عقاب كلّ واحد في ظرف عدم فعل واحد منهم.

و ان كان الضمان بمعنى كون البدل ، أعني المثل أو القيمة في الذمة ، بأن يكون التصرف في كلمة الموصول الواقعة في النبوى المتقدّم بتطبيقه

---

١ ـ تفسير أبي الفتوح الرازي ١:٧٨٤، عوالى اللئالي ٢:٣٤٥، عنهما المستدرك ١٤٩:٨، ٨٨:١٧.

رواه الحسن البصري ، عن سمرة بن جندب ، عن النبي صلّى الله عليه وآله ، راجع سنن البيهقي ٦ : ٩٠، كتاب العارية ، و كنز العمال ٥ : ٢٥٧.

على البدل من المثل أو القيمة مع المحافظة على ظاهر الاداء المذكور في ذيله، بحمله على الاداء الحقيقي لما في الذمة، و الباعث على ذلك أنّ ما لا يمكن اداؤه لا يصحّ اعتباره في الذمة، فمع التلف لا بدّ أن يكون ما في الذمة هو البدل، مضافاً الى ما دلّ على الانتقال الى القيمة في زمان التلف، فالمحذور ليس الاّ لزوم أن يكون للشيء الواحد بدلان و هو ممتنع، لانّ البدل لا يتكثّر و لا يتكرّر.

لكنّه انّما يلزم المحذور لو كان البدل في كلّ ذمّة حصّة غير الحصّة الّتي في الذمّة الاخرى، أمّا لو كان نفس البدل الواحد في الذمة نظير العين الواحدة الّتي تكون في ذمّتين، بأن يكون ما في ذمّة أحد الضامنين عين ما في ذمّة الآخر، فالمحذور المذكور غير لازم، لوحدة البدل و ان تعدّد محله، و قد عرفت أنّ مثل هذا التعدّد لا يوجب تعدّد الحال.

و دعوى أنّ الشيء الواحد لا يقبل الاستقرار الاّ في ذمّة واحدة، غير ظاهرة اذ لا مانع من اعتبار الامر الواحد في الذمم المتعدّدة، و قياس الامور الاعتبارية على الحقيقية غير واضح، بل اللازم قياس المقام بباب تعدّد الحاكم لا يقتضي تعدّد الحكم و لا المحكوم عليه.

و من هذا الباب الواجب الكفائي، فانّ الواجب على كلّ من المكلّفين أمر واحد، مثلاً اذا قال: يجب على النّاس قتل زيد أو كسر الاناء أو اراقة هذا الماء، أو نحو ذلك ممّا يمتنع فيه تكثّر المأمور به و تعدّده، فقد وجب أمر واحد على كلّ واحد من النّاس، لا أنّه وجب على كلّ واحد أمر غير ما وجب على الآخر، لكنّه ليس على التعيين بل على البدل و على نحو الوجوب المشروط، أو على نحو آخر كما اشير اليه آنفاً في تقريب دفع الاشكال، بل الواجب أمر واحد، و مقتضى وحدته سقوط طلبه مع وجوده، لا أنّه يجوز تركه حينئذ كي يشكل بأنّ الواجب لا يجوز تركه.

و تحصّل ممّا ذكرنا أنّ كلّ واحد من ذوي الايدي المتعاقبة ضامن لمال المالك بمقتضى عموم ضمان اليد، و ان نسبتهم الى العين نسبة واحدة، فيجوز للمالك الرجوع على كلّ واحد منهم، فلو رجع على أحدهم امتنع رجوعه ثانياً على الآخر لحصول التدارك لماله بدفع البدل من أحدهم، فلو رجع على غيره ايضاً لم يرجع عليه بالتدارك، بل كان بوجه آخر و المفروض عدمه.

عدم المانع من صحّة الضمان على طريقة الجمهور

و من ذلك يظهر أنّه لا مانع من صحّة الضمان على طريقة الجمهور من من أنّه ضمّ ذمّة الى اخرى، و لا من ضمان الاثنين على وجه الاستقلال كما عن ابن حمزة في الوسيلة، و العلامة رحمه الله في درسه الشريف كما عن الفخر و الشهيد حكاية ذلك عنه، بل ظاهر عبارتهما موافقته، بل قيل: انّهم جزموا فيما اذا قيل للمالك: ألق متاعك في البحر و على كلّ واحد منّا ضمانه، بل في مفتاح الكرامة تطابق الفتاوى ممّن تعرض له عليه.

و أمّا ضمان الاعيان المضمونة فليس ممّا نحن فيه لوحدة الضامن لا غيره، و الاشكال فيه بل المنع من جماعة من جهة أنّ الضمان نقل ما في ذمّة الى اخرى، و الاعيان ليست في الذمّة، و الضمان فيها انّما هو بمعنى ان لو تلفت ثبت في الذمة مثلها أو قيمتها فهى مضمونة بالقوة لا أنّها مضمونة بالفعل لتكون بنفسها في الذمة، فضمانها قبل التلف من قبيل ضمان ما لم يجب.

و القول بالصحة امّا للبناء على صحّة ضمان ما لم يجب في مثل المورد، و امّا للبناء على كونها بنفسها في الذمة حتّى بعد التلف على ما عرفت، و كذا الحال في ضمان عهدة العوضين، فانّه ايضاً ليس ممّا نحن

فيه ، بل الضامن فيه واحد لا غير ، و الاشكال فيه عندهم حتّى لو قلنا بعدم جواز ضمان الاعيان المضمونة لاستقرار السيرة عليه في جميع الاعصار كما عن مجمع البرهان .

المقام الثاني : حكم كلّ واحد منهم بالاضافة الى الآخر

الف : مع تلف العين

و أمّا الكلام في المقام الثاني ، و هو أنّه اذا رجع الى اللاحق رجع هو الى السابق اذا كان مغروراً من قبله فلا يرجع اليه ، و وجّهه شيخنا الاعظم رحمه الله بأنّ السابق قد اشتغلت ذمّته بالبدل قبل اللاحق ، فيكون اللاحق قد ضمن شيئاً له بدل ، و مرجعه الى ضمان واحد من البدل و المبدل على سبيل البدل ، اذ لا يعقل ضمان المبدل معيّناً من دون البدل ، و الاّ خرج بدله عن كونه بدلاً .

و حاصله أنّ يد الغاصب الاوّل لمّا استوجبت ضمان العين بالبدل فاليد الثانية تكون واردة على عين لها بدل ، فضمانها ضمان عين لها بدل ، و ضمان ما له بدل راجع الى ضمان العين و بدلها على البدل ، اذ لو كان الضمان للعين تعييناً خرج البدل عن كونه بدلاً .

و فيه انّ عموم على اليد انّما يقتضي ضمان المأخوذ لمالكه ، و المأخوذ انّما ينطبق على العين و لا ينطبق على البدل ، و دليل بدليّة البدل الاوّل ليس ناظراً الى ضمان اليد الثانية حتّى يكون مفاده كون المضمون بها العين أو بدلها الاوّل ، و الاّ خرج عن كونه بدلاً ، و انّما مفاده كونه بدلاً عن العين في ملكيّة المالك بحيث يقوم مقامها في تدارك خسارة المالك الحاصلة بتلف العين.

و هذا المعنى من البدلية لا ينافي ضمان اليد الثانية للعين تعييناً ،

فلا يلزم منه خروج المبدل عن كونه بدلاً، و لو سلّم ذلك فغايته أن يكون مفاد دليل الضمان أنّ ذا اليد اللاحقة ضامن للمالك العين ببدلها أو بدلها ببدله، فيكون ضامناً لكلّ من العين و البدل على البدل، لكنّ الضمان للبدل على البدل يكون للمالك كالضمان للعين، فاذا استوفى المالك حقّه من الاوّل فقد حصل التدارك و سقط الضمان عن الثاني، من دون فرق بين أن يكون ضمان الاوّل و الثاني على البدل كما ذكره ﷺ، أو على التعيين كما عرفت، و لا تكون نتيجة ذلك أن يكون على الثاني تدارك خسارة المالك أو خسارة الاوّل على البدل كما هو المدّعى، و بالجملة فهذا التوجيه بظاهره غريب.

المناقشة فيما يقال في توجيه هذا الحكم

و في الجواهر وجّه الحكم المذكور بأنّ من تلف المال في يده ذمّته مشغولة بالبدل للمالك، و ان جاز له الزام غيره باعتبار الغصب باداء ما اشتغلت ذمّته به، فيملك حينئذ من أدى بادائه ما للمالك في ذمّته بالمعاوضة الشرعية القهرية، و بذلك اتّضح الفرق بين من تلف المال في يده و بين غيره الّذي خطابه بالاداء شرعي لا ذمّي، اذ لا دليل على اشتغال ذمم متعدّدة بمال واحد، فحينئذ يرجع عليه و لا يرجع هو.

و فيه انّ عموم على اليد نسبته الى كلّ واحد من ذوي الايدي المتعددة نسبة واحدة، فامّا أن يكون مفاده في الجميع حكماً وضعيّاً، و هو ضمان المال و اشتغال الذمّة به، أو حكماً تكليفيّاً و هو وجوب الاداء، و التلف في اليد لا أثر له في الضمان، اذ لا دليل على سببيّته له، فضمان من تلف في يده المال انّما هو باليد و هي حاصلة بالنسبة الى غيره، و لا وجه للفرق بينهما بكون الخطاب في الاوّل ذميّاً و في الثاني

شرعيّاً ، و لو سلّم فمقتضاه عدم جواز رجوع الغارم على مـن لحـقه اذا لم تتلف العين في يده .

و قد يوجّه ايضاً بأنّ الاوّل اذا أدّى العوض الى المالك فقد ملك العين التالفة بالمعاوضة القهرية ، فيقوم مقام المـالك فـي جـواز الرجـوع الى الايدي المتأخّرة الى أن يستقرّ الضمان على من تلف المال في يده ، و لمّا كان اللاحق هو السبب في استقرار الضمان على السابق لم يجز رجوعه على السابق .

و فيه مع أنّه لا يتمّ بناء على ثبوت البدل في الذمّة عند التـلف ، لانّ المعاوضة ان كانت بجعل البدل في الذمة فبناء على ثبوت بدل واحد في جميع الذمم على ما اخترناه ، يلزم أن يكون كلّ واحد من الضمناء مالكاً للعين ، و تعدّد المالك مع وحدة المملوك مـمتنع ، مـضافاً الى أنّ أداء البدل من واحد مفرغ لجميع الذمم فلا مجال لرجوع المؤدّي الى غيره .

و بناء على ثبوت البدل في احدى الذمم على البدل ، فاذا رجع على واحد بعينه تعيّن ما في ذمّته للبدلية ، فلا اشتغال لذمّة غيره كـي يـصحّ رجوعه عليه .

و من ذلك تعرف الاشكال في التوجيه المـذكور بـناء عـلى حـصول المعاوضة بدفع البدل ، فانّ البدل المدفوع عين مـا اشـتغلت بـه الذمـم جميعاً أو على البدل ، فلا اشتغال بعد دفعه لا تعييناً و لا على البـدل ، فلا موضوع للرجوع .

نعم بناء على ثبوت العين في الذمة الى حين دفع البدل يمكن تـتميم التوجيه المذكور ، فتكون العين ملكاً للضامن الدافع للبدل ، فيرجع بـها على غيره ، لكن يبقى الاشكال في ثبوت هذه السببية للاحق بمجرّد وضع يده على العين ، و لا سيّما اذا كان بدفع الاوّل و تسـليمها اليـه ، مع أنّ

اقتضاء السببية كليّة لجواز الرجوع غير ظاهر لعدم الدليل عليه.

و من ذلك يظهر الاشكال في توجيه رجوع السابق على اللاحق و لو بناء على عدم المعاوضة، بأنّ اللاحق هو السبب في ضمان السابق، بمعنى استقرار العوض في ذمّته، اذ لولا يد اللاحق لامكن السابق الخروج عن تبعة الضمان بدفع نفس العين الى المالك، فلا يقع في خسارة البدل، فيرجع عليه لهذا التسبيب كما يرجع على الغار.

و قد يوجّه بأنّ رجوع السابق الى اللاحق و ان لم يكن من مقتضيات أدلّة الضمان كما سبق لكنّه من مقتضياته بحسب بناء العرف الممضى من جانب الشارع لعدم الردع عنه.

و فيه انّ ثبوت ذلك عند العرف كليّة غير ظاهر، نعم لا يبعد فيما لو كان اللاحق قد أخذه قهراً على السابق، فالالتزام بالرجوع في غير ذلك غير واضح المأخذ، اللّهم الاّ أن يكون اجماعاً، لكن ثبوته بنحو يصحّ الاعتماد عليه في الخروج عن القواعد الاوّلية غير ظاهر.

ب: مع وجود العين

هذا كلّه مع تلف العين، أمّا مع وجودها فيرجع المالك على من هي في يده، أو على من جرت عليها يده، فيرجع هو على من هي في يده، لعموم قوله عليه السلام: «كلّ مغصوب مردود»[1].

و مقتضاه عدم الفرق بين تمكّن المالك من استردادها ممّن هي في يده و عدمه، كان في الاسترداد منه كلفة أو لم يكن، كما لو كان الغاصبان معاً حاضرين عند المالك، و كان من في يده العين باذلاً لها.

---

١ ـ عن حماد بن عيسى، عن بعض أصحابنا، عن العبد الصالح عليه السلام في حديث: الغصب كله مردود (الكافي ١:٥٣:٤٥٣، عنه الوسائل ٩:٥٢٤).

لكن قد يشكل الحكم بالرجوع على الاوّل في الفرض ، اذ الظاهر من الردّ رفع المانع عن الاخذ و المفروض عدمه ، نعم لو كان الاسترداد ممّن هي في يده محتاجاً الى عمل جاز للمالك مطالبة الغاصب السابق لوجوب الردّ عليه .

و لو طلب المالك العوض على الاسترداد فهل يتعيّن على الغاصب السابق دفعه اليه أو يجوز له مباشرته الاسترداد بنفسه ؟ مقتضى وجوب المبادرة الى الردّ الاوّل ، لانّ في الثاني مزيد تعطيل للمال عن وصوله الى مالكه ، و لا مجال للرجوع الى قاعدة الضرر المنفيّة ، فانّ وجوب الردّ في نفسه ضرري فيؤخذ باطلاقه .

نعم اذا طلب العوض الّذي يكون اجحافاً على الغاصب أمكن جريان القاعدة لنفيه ، بدعوى انصراف وجوب الردّ عنه .

و من ذلك يظهر الحكم فيما لو لم يقدر على استرداد العين الاّ المالك ، فانّه يجب عليه بذل المعوّض له على الاسترداد ، الاّ أن يكون اجحافاً على الغاصب ، فيتعيّن الرجوع الى بدل الحيلولة .

فرعان

الفرع الاوّل : عدم جريان الحكم لو تبرع المالك حقه للاول

اذا أبرأ المالك واحداً من ذوي الايدي المتعاقبة ، فهل له الرجوع الى غيره أو لا ؟ لبراءة ذمة الجميع ، وجهان ، لا يخلو ثانيهما من قوّة ، لانّ الحقّ الّذي للمالك واحد ، سواء قلنا بثبوته في ذمّة الجميع في عرض واحد أو على البدل .

و مرجع الابراء عن الحقّ الواحد قطع العلقة بينه و بين الحقّ ، فلا مجال لثبوته في ذمّة غير من أبرأه ، لانّ الواحد لا يقبل أن يكون موضوعاً للعلقة و لا موضوعاً لها .

و دعوى أنّ مرجع ابراء الواحد الى افراغ ذمّته عن الحقّ الّذي لا ينافي اشغال ذمّة غيره ، مندفعة بأنّ الافراغ انّما يصحّ بقطع العلقة بينه و بين الحقّ ، و الاّ فلا سلطنة للمالك على الافراغ لولا ذلك ، لا حدوثاً و لا بقاءاً ، لأنّه من المجعولات الشرعية .

اللّهم الاّ أن يقال : انّه و ان كان كذلك لكنّه لمّا كان من الاحكام الارفاقيّة كان منوطاً بعدم اقدام المالك على خلافه ، فاذا أقدم المالك على افراغ ذمّة الضامن المعيّن من دون اقدام على افراغ ذمّة غيره تحقّق الفراغ بالنسبة اليه دون غيره ، و يساعد على هذا التفكيك ارتكاز العقلاء ، فانّهم في مقام ابراء ذمّة واحد بعينه يرون لانفسهم حقّ الرجوع على غيره ، فلو قال : أبرأت ذمّة زيد دون عمرو ، لا يرون ذلك تناقضاً منه .

و الظاهر انّه لا فرق بين البناء على كون الضمان في الجميع عرضيّاً وكونه بدليّاً ، لانّ جهة الارفاق بعد ما كانت موجبة لقصور الدليل عن شمول المقصود ابراؤه يخرج عن حيطة الضمان على كلّ حال .

الفرع الثاني :

اذا انتقل المضمون الى أجنبيّ مجّاناً بارث أو هبة أو بعوض ببيع أو صلح ، قام المنتقل اليه مقام المالك ، فيجوز له الرجوع على كلّ واحد من الضمناء ، و اذا رجع الى السابق جاز له الرجوع الى اللاحق دون العكس ، على حسب ما ذكر في رجوع المالك .

و لو كان الانتقال الى أحد الضمناء جاز له الرجوع على اللاحق كالمالك ، و لم يجز له الرجوع على السابق ، لأنّه لو رجع عليه رجع هو عليه ايضاً ، فيكون رجوعه لغواً ، و اللّه سبحانه العالم بحقائق الاحكام ، و منه نستمدّ التوفيق في البدء و الختام .

لو باع الفضولي مال غيره مع مال نفسه

في أصل صحة البيع

لو باع الفضولي مال نفسه و مال غيره صفقة واحدة ، فان قلنا بـصحّة البيع فيما يملك لو باع ما يملك و ما لا يملك لعدم تـوجّه الاشكـالات الآتية ، تعيّن القول بالصحّة هنا في مال نفسه ، سواء قلنا ببطلان الفضولي أم بصحّته ، ردّ المالك أم أجاز ، اذ على تقدير البطلان و لو للردّ يكون المقام من قبيل بيع ما يملك و ما لا يملك .

و ان لم نقل بالصحّة هناك لتوجّه بـعض الاشكـالات المـزبورة تـعيّن القول بالبطلان هنا ، و ان أجاز المالك و قلنا بصحّة الفضولي بناء عـلى النقل أو الكشف الحكمي أو الانقلابي للزوم التبعيض في المبيع حـين العقد .

نعم لو قلنا بالكشف على نحو الشرط المتأخّر أو نحوه ممّا يرجع الى الصحة من حين العقد ، و قد أجاز المالك تعيّن القول بالصحة فـي مـال نفسه ايضاً ، اذ لا تبعّض في المبيع .

هذا بالنظر الى القواعد الاوّلية ، أمّـا بـالنظر الى الصـحيح المـتضمّن قوله عليه‌السلام : «لا يجوز بيع ما لا يملك و قد وجب الشراء فيما يملك»[1] ،

---

١ ـ عن الصفار انه كتب الى أبي محمد الحسن بن على العسكري عليهما‌السلام في رجل له قطاع ارضين ، فيحضره الخروج الى مكة و القرية بمراحل من منزله ـ الى أن قال : ـ فوقع عليه‌السلام :

و الاجماع المحكي عن غير واحد فالمتعيّن الصحّة ، و ان بني على توجّه الاشكالات الآتية ، لعدم كونها موانع بنحو لا يمكن التشريع على خلافها.

ثمّ انّ القول بالصحة في مال نفسه على تقدير البطلان في مال غيره انّما هو من حيث ضمّ مال غيره الى مال نفسه لا مطلقاً ، و الاّ فلو كان مانع من غير هذه الجهة تعيّن البطلان كما لو لزم الربا ، كما لو باع ديناره و درهم غيره بدينارين، فانّه لو بطل البيع في الدرهم لزم بيع ديناره بأكثر من دينار و هو الربا ، و كذا لو باع عبده الآبق بضميمة من غيره فلو بطل البيع في الضميمة لزم بيع الآبق بلا ضميمة ، و هو غير صحيح .

القول بتقييد الحكم

هذا ، و عن الاردبيلي احتمال البطلان في مال نفسه على تقدير عدم اجازة غيره في ماله ، لأنّه انّما حصل التراضي و العقد على المجموع لا على الجزء ، فلو صحّ في مال نفسه حينئذ صحّ بلا عقد و لا تراض .

و عن الشافعي الاحتجاج للبطلان بأنّ اللفظة الواحدة لا يتأتّى تبعيضها، فامّا أن يغلب الصحيح على الفاسد أو بالعكس ، و الثاني أولى ، لانّ تصحيح العقد في الفاسد ممتنع ، و ابطاله في الصحيح غير ممتنع ، و لأنّه لو باع درهماً بدرهمين أو تزوّج باختين حكم بالفساد ، و لانّ الثمن المسمّى يتوزّع عليهما و لا يدرى حصّة كلّ واحد منهما عند العقد ، فيكون الثمن مجهولاً.

١ــ لا يجوز بيع ما ليس يملك و قد وجب الشراء من البايع على ما يملك (التهذيب ٧: ١٥٠، الفقيه ٣: ١٥٣، عنه الوسائل ١٧: ٣٣٩).

و قد يجاب عن الاوّل بأنّ المجموع عين الاجزاء فالرضا به و العـقد عليه رضا بها و عقد عليها ، فينحلّ العقد الواحد الى العـقود المـتعدّدة بتعدّد الاجزاء لانحلال موضوعه اليها ، لانّ القائم بالمتعدّد متعدّد .

و فيه انّ الكلّ و ان كان عين الاجزاء لكنّه عينها فـي حـال الاجـتماع لا مقيّداً به و لا مطلقاً ، فالجزء الّذي يكون عين الكلّ و يكون الرضا بـه رضا به و العقد عليه عقداً عليه لا اطلاق فيه يشمل حال الانفراد.

فلا بدّ في الجواب عن الاشكال المذكور أن يضمّ الى ذلك بأنّ العقد الوارد على الجملة تارة ينشأ عن غرض واحد قـائم بـالجملة ، فـيكون المنشأ على نحو وحدة المطلوب ، و اخرى ينشأ عن غرضين أحدهما قائم بالجملة و الآخر قائم بالاجزاء ، فـيكون المـنشأ عـلى نـحو تـعدّد المطلوب ، و حينئذ لا مانع من التفكيك بين أبعاض العقد بلحاظ أبعاض موضوعه ، كما لا مانع من تحقّق الرضا بكلّ واحد من هذه الابعاض و لو في حال الانفراد .

و بذلك يظهر اندفاع المحكي أوّلاً عن الشافعي .

و أمّا ما ذكر ثانياً ، ففيه انّه قياس مع الفارق ، لامـتناع التـبعيض فـي المقيس عليه من جهة لزوم الترجيح بلا مرجّح ، و ليس كذلك في المقام .

و أمّا اشكال لزوم جهالة الثمن فغير ظاهر ، لعدم قدح الجهالة في مثل ذلك ، و انّما القادح الجهالة في المبيع التامّ ، و الاّ فالجهالة حاصلة و لو مع الصحّة في الجميع ، بأن أجاز غير المالك في ماله و قلنا بصحّة الفضولي ، و لا يلتزم الخصم بقدحها حينئذ .

٢ ـ في التقسيط و بسط الثمن الى أجزاء المبيع مع رد المالك

الف : في القيميّات

ثمّ انّ صحّة البيع في مال نفسه بحصّة من الثمن، كما أنّ صحّته في مال غيره على تقدير الاجازة ايضاً بحصّة منه ، و لهم في معرفة الحصة و التقسيط طرق :

١ ـ أن يقوّم كلّ واحد منهما منفرداً ، فتنسب قيمة كلّ منهما الى مجموع القيمتين ، فيؤخذ من الثمن بتلك النسبة ، فان كان الثمن ثلاثة وكانت قيمة مال نفسه أربعة ، و قيمة مال غيره اثنين، رجع المشتري بثلث الثمن، أعني الستة ، الثلث .

و هذا هو المحكي عن المحقق و الشهيد الثانيين، و نسب الى ظاهر السرائر و الارشاد .

٢ ـ أن يقوّم مجموع المالين ثمّ يقوّم مال غيره ، و بعد نسبة قيمته الى قيمة المجموع يؤخذ بتلك النسبة ، فاذا كان قيمة مصراعي الباب عشرة و قيمة أحدهما اثنين رجع المشتري بخمس الثمن.

و هذا هو المشهور المنسوب الى الاصحاب .

٣ ـ أن يقوّم كلّ منهما في حال الانضمام الى الآخر ، ثمّ تنسب قيمة كلّ منهما الى مجموع القيمتين فيؤخذ من الثمن بتلك النسبة ، مثلاً اذا كان قيمة الجارية في حال الانفراد ستّة و في حال الانضمام أربعة ، و قيمة ابنتها بالعكس ، فمجموع القيمتين عشرة ، و يكون لمالك الجارية أربعة و لمالك البنت ستة ، فاذا كانت البنت مال الغير رجع المشتري بثلاثة أخماس الثمن، و ان كانت الجارية للغير رجع المشتري بخمسين منه .

و هذه الطرق لا تختلف عملاً مع عدم اختلاف قيمة أبعاض المبيع

بلحاظ حالي الاجتماع و الانفراد.

أمّا مع الاختلاف فيختلف الثاني عن الآخرين، لما عرفت من رجوع المشتري في مثال مصراعي الباب بخمس الثمن على الطريق الثاني و على الآخرين بنصفه، و يختلف الاخير مع الاوّلين فيما لو كان اختلاف القيمة بلحاظ الاجتماع و الانفراد في الابعاض ليس على نحو واحد، بأن كان أحدهما تزيد قيمته بالاجتماع و الآخر تنقص كما في مثال الجارية و ابنتها، فقد عرفت أنّه على الاخير يرجع المشتري بثلاثة أخماس الثمن لو كانت البنت لغير البائع، لكن على الاوّلين يرجع بخمسين منه، و لو كانت الجارية لغير البائع رجع المشتري على الاخير بخمس الثمن و على الاوّلين بثلاثة أخماسه.

ثمّ انّ مرجع تقويم كلّ في حال الانضمام المذكور في الطريق الثالث الى تقويم مجموع المالين المذكور في الطريق الثاني، فالطريقان يشتركان في ذلك، و انّما يختلفان في أنّه على الثاني يكون المنسوب الى قيمة المجموع قيمة أحدهما منفرداً، و على الثاني قيمة أحدهما منضمّاً، و لو اريد من تقويم أحدهما منفرداً ما يقابل تقويمهما جميعاً فيكون قولهم: منفرداً، حالاً مؤكّدة، فلا ينافي تقويمه في حال الانضمام، كما احتمله في الجواهر رجع الثاني الى الثالث.

و كيف كان فالمتعيّن الطريق الثالث، فانّ الابعاض انّما قوبلت بالثمن في حال الانضمام لا مطلقاً، فلا بدّ من ملاحظته عند التقسيط، فلا وجه لتقويمهما في حال الانفراد كما لا يخفى.

و اشكل منه الطريق الثاني المبني على ملاحظة الانضمام في تقويمهما معاً و ملاحظة الانفراد في تقويم مال غيره، فانّه مع توجّه ما سبق عليه، يرد عليه أنّ تقويم مال غيره منفرداً ليس بأولى من تقويم مال

نفسه كذلك الموجب لكون ثمن مصراع نفسه في المثال المتقدّم اثنين، فيرجع عليه المشتري بأربعة أخماس الثمن لا بخمس الثمن، بل هذا أولى لانّ ما يملكه مصراع واحد منفرد لا مجتمع.

و ايضاً فقد يكون الاجتماع موجباً لنقصان القيمة بحيث تكون قيمته منفرداً مساوية لقيمتهما معاً أو أزيد، فلو رجع المشتري بقيمته منفرداً ربّما رجع بتمام الثمن أو أكثر، و هو كما ترى.

ب : في المثليّات

هذا كلّه في المبيع القيمي، أمّا المثلي فان كان مال غيره حصّة مشاعة في العين قسّط الثمن على حسب نسبة الحصّة، فان كانت نصفاً رجع بنصف الثمن، و ان كانت ربعاً رجع بربعه، و هكذا، و ان كان معيّناً فان تساوت قيمة الابعاض فالحكم كما في المشاع، و ان اختلفت فكما في القيمي، و مثله ما لو كان بعضه مثليّاً و بعضه قيميّاً، و اللّه سبحانه ولي التوفيق.

لو باع من له نصف الدار نصف تلك الدار

اذا باع من له نصف دار نصف تلك الدار، فلا ينبغي التأمّل في أنّه يصحّ أن يقصد نصف نفسه، و نصف غيره، و نصف النصفين، و نصفاً في النصفين، و لو بأن يكون ربعه، أي ربع النصف من أحدهما و ثلاثة أرباعه من الآخر، أو ثلثه من أحدهما و ثلثيه من الآخر، أو نحوهما.

و حينئذ فان علم أنّه قصد البيع على أحد الانحاء المذكورة عمل على مقتضاه، و ان لم يعلم ذلك بل علم أنّه قصد ما هو الظاهر من اللفظ، فلا بدّ

من تحقيق ما هو الظاهر و تعيينه ، ليحكم بأنّه هو المراد للبائع ، فالكلام يكون في مقام الاثبات لا الثبوت ، فنقول :

أمّا النصف المضاف الى شيء فهو و ان كان صالحاً للتقييد بالاشاعة ـ فيراد منه النصف المشاع ـ و التعيين ـ فيراد منه النصف المعيّن ـ الاّ أنّ حمله على الثاني يحتاج الى قرينة خاصة بخلاف حمله على الاوّل ، فانّه يكفي فيه عدم القرينة على الثاني .

و أمّا الدار المضاف اليها النصف فانّها و ان أمكن أن تكون ملحوظة بذاتها بلا ملاحظة أمر زائد عليها ، و أن تكون ملحوظة بما هي مشتركة و موضوع للنصفين لكنّها عند الاطلاق تحمل على الاوّل ، و حملها على الثاني محتاج الى القرينة ايضاً ، و حيث انّه لا قرينة على ملاحظة التعيين في النصف و لا على ملاحظة الاشتراك في الدار يكون الظاهر من نصف الدار هو النصف المشاع فيها نفسها ، فيكون مردّداً بين تمام نصف البائع و تمام نصف شريكه و بعض النصفين على السويّة أو على التفاضل .

و حينئذ لا مزاحم لظهور البيع في كونه لنفسه ، فيجب العمل عليه ، فيحمل على نصف نفسه ، كما صرّح بذلك جميع من تعرّض له ، بل في غصب جامع المقاصد و المسالك ارساله ارسال المسلّمات ، بل عن الثاني نسبته الى الاصحاب كما في الجواهر .

و ممّا ذكرنا يظهر أنّه لا فرق بين ما نحن فيه و بين قول البائع : بعت غانماً ، مع كون الاسم مشتركاً بين عبده و عبد غيره الّذي حكي عن فخر الدين الاجماع على انصرافه الى عبده .

كما لا فرق ايضاً فيما ذكرنا بين كون البائع أجنبيّاً و كونه وكيلاً على بيع النصف الآخر أو وليّاً على مالكه .

المناقشة في كلام الشيخ الاعظم قدس سره

و من ذلك يظهر الاشكال فيما يظهر من شيخنا الاعظم رحمه الله من ظهور لفظ النصف في المقام في النصف المشاع في النصفين، و معارضة هذا الظهور بظهور المبيع فيما يصحّ له فيه التصرف أو بظهور انشاء البيع في البيع لنفسه، فتكون المسألة ذات احتمالين: احتمال تقديم الظهور الاوّل و احتمال تقديم الظهور الثاني، ثمّ قوّى أنّ المعارض لظهور النصف هو الظهور الاوّل، و بنى عليه الفرق بين الاجنبي و الوكيل أو الولي، فحكم في الاخيرين بأنّ العمل على ظهور النصف في المشاع في النصفين لعدم المعارض، لانّ النصف الراجع للغير في الوكيل و الولي يجوز للبائع فيه التصرف.

فانّ فيه مواقع للنظر:

منها: انّه لا أصل لظهور المبيع فيما يصحّ فيه التصرف، نعم الاصل صحّة التصرف لكنّها لا تثبت كون البيع واقعاً على ماله.

و منها: انّه لا وجه لدعوى عدم مقاومة ظهور التصرف في الاصالة عن نفسه، لظهور النصف في المشاع في النصفين لو سلّم من جهة أنّ ظهور المقيّد وارد على ظهور المطلق.

فانّه ان كان المراد انّ ظهور الموضوع مقدّم على ظهور الحكم فليس ذلك قاعدة كليّة، بل المدار على تقديم الاقوى على الاضعف في صرفه اليه، فقد يكون ظهور الموضوع أقوى و قد يكون ظهور الحكم أقوى، و لذا كان ظهور: «يرمي» مقدّماً على ظهور «الاسد» في قولنا: أسد يرمي، كما صرّح قدس سره بذلك في شرح حقيقة النقض في أدلّة الاستصحاب، و ان كان المراد المطلق و المقيد الاصطلاحيين فليس ممّا نحن فيه.

جريان الحكم في سائر الموارد

الف : الطلاق

هذا ، و ربّما كان نظير ما نحن فيه ما لو وهبت المرأة نصفاً مشاعاً من مهرها فطلّقت قبل الدخول ، فانّه و ان احتمل أن يكـون للـزوج نـصف الباقي و قيمة نصف الموهوب ، بناء على أنّ النصف الراجع الى الزوج بالطلاق مشاع في النصفين الموهوب و الباقي ، لكـنّه غـير ظـاهر ، لانّ الطلاق كالفسخ في رجوع نصف المهر الى الزوج ، فكما أنّ المهر الثابت للزوجة بالعقد ذات المهر كذلك نصفها الراجع بالطلاق الى الزوج نصف ذات المهر من دون ملاحظة أمر آخر ، و هو كما ينطبق على الموهوب ينطبق على الباقي ، و لاجل وجود المانع من رجوع الاوّل و عدم المانع من رجوع الثاني يتعيّن الثاني للرجوع الى الزوج ، و لا وجه للرجوع الى القيمة .

ب : الاقرار

و لاجل ما ذكرنا يشكل ما هو المشهور ، فيما لو أقرّ من بيده المـال لاحد المدّعيين للمال بسبب موجب للشركة كالارث و لم يقرّ للآخر ثمّ صالح المقرّ على ذلك النصف كان النصف مشاعاً في نصيبهما ، فان أجاز الآخر نفذ و ان ردّ نفذ في الربع المختصّ بـه و بـطل فـي الربـع الراجـع لشريكه .

اذ لا يخفى أنّ الاقرار و لو لاجل كونه اخباراً من ذي اليد انّما اقتضى ثبوت النصف للمقرّ له على نحو الاختصاص حسبما يدّعيه المـقرّ له ، و لا وجه للاشتراك فيه بينه و بين شـريكه فـي سـبب المـلك ، و مـجرّد

الاعتراف بوحدة السبب المملّك لا يقتضي ذلك ، فانّ كلاً من الشريكين يعترف للاخر بملك النصف كما يدّعيه كلّ منهما ، و تصديق ذى اليد أحدهما دون الآخر تثبيت لمدّعاه دون الآخر ، لا تصديق لهما في بعض الدعوى و تكذيب في بعضها الآخر.

ج : الصلح

و حينئذ اذا وقع الصلح على النصف المذكور كان وارداً على مال المقرّ له لا غير ، فلا يحتاج الى اجازة الآخر ، و لو صالحه على نصف المال مشاعاً انصرف البيع الى البيع عن نفسه فيختصّ بنصفه ، كما عرفت في بيع من له نصف الدار نصف تلك الدار.

و لذا قال في محكيّ جامع المقاصد : «لقائل أن يقول : لا فرق بين تغاير السبب و كونه مقتضياً للتشريك في عدم الشركة ، لانّ الصلح انّما هو على استحقاق المقرّ له ، و هو أمر كلّي يمكن نقله من مالكه الى آخر ، و لهذا لو باع أحد الورثة حصّة من الارث صحّ و لم يتوقّف على رضا الباقين - انتهى».

د : الاقرار بالشريك الاخر

و بالجملة اقرار المقرّ له باتّحاد السبب المملّك و أنّه موجب للشركة في العين لا يقتضي الاقرار بالاشتراك في نصيبه المشاع ، بل ليس معنى الاشتراك في العين الاّ اختصاص كلّ منهما بنصيبه ، فالصلح عليه لا يكون صلحاً على نصيب الآخر كي يتوقّف نفوذه على اجازة الآخر ، و يكون مقتضاها الاشتراك في العوض.

هذا ، و مقتضى ما ذكرنا أنّه لو كانت العين بيد اثنين فأقرّ أحدهما بأنّ

ثلثها لثالث ، فمقتضى اضافة الثلث الى العين أنّ المراد ثلث ذات العين الصالح للانطباق على الثلث من نصفه ، و الثلث من نصف شريكه في اليد ، و الثلث من النصفين على السوية ، أو التفاضل ، فهو متردّد بين جميع ذلك ، و ليس هنا ما يرفع التردّد و الاجمال ، كما كان في المسألة الاولى من تصرف يكون الاصل فيه صدوره ، على أنّه عن المتصرّف لا غير .

فيبقى الاجمال مستحكماً الاّ أن تقوم القرينة على كون المراد أنّه له الثلث و لنا الثلثان ، يعني بيننا أثلاثا فيكون الثلث المقرّ به مشاعاً في النصفين على السوية ، فيكون للمقرّ له في كلّ من النصفين سدس ، و ربّما تقوم القرينة على الاقرار بالثلث في نصفه ، كما لو قال : أنا مقرّ بأنّ لفلان ثلثاً في الدار ، فانّ مقتضى كونه اقراراً أنّه في ماله لا في مال غيره ، لكن ذلك يصحّ مع التفاته الى اعتبار هذه الجهة في مفهوم الاقرار .

و كيف كان فلو أنكر الشريك كان ظالماً للمقرّ له بسدس لو صحّ الاقرار ، فلو صالح المقرّ أجنبيّاً على نصفه كان فضوليّاً بالنسبة الى السدس الراجع للمقرّ له ، فلو أجاز كان له في الثمن ثلثه الموازي لسدسه ، و لو ردّ بطل بالنسبة اليه ، فيستحقّ المقرّ من مال المصالحة ثلثيه .

نعم لو كان الاستيلاء من كلّ من الشريكين على نصف معيّن ، فلو كان مثل هذا الاخبار حجّة كان نصف مشتركاً بين الثلاثة أثلاثاً ، و الاستيلاء يكون على ما هو ملك لهم على السوية .

أمّا لو كان الاستيلاء منهما على المشاع ، كما لو قبضا على لجام دابّة أو رباط سفينة أو نحو ذلك ، فالنصف الّذي يكون تحت استيلاء المقرّ للمقرّ له فيه السدس ، كالنصف الّذي تحت الاستيلاء المنكر ، و لا اشتراك بينهما الاّ على النحو المذكور .

نعم لو انتهى الامر الى القسمة بين المقرّ و المنكر، فان قلنا بصحّة قسمة الغاصب مع الشريك للسيرة و لادلّة الحرج على ما حكي عن بعض الاكابر، كان للمقرّ له في النصف المفروز للمقرّ سدس، فيقسمان النصف أثلاثاً، و ان قلنا ببطلان القسمة كما هو الظاهر، اذ لو سلّم ثبوت الحرج فغاية ما يقتضيه دليل نفي الحرج جواز التصرف، و السيرة لم تثبت، و لو ثبتت لم تكن بنحو تكشف عن رأي المعصوم عليه‌السلام ليجب العمل عليها، أشكل الامر في النصف المفروز للمقرّ، بل كان باقياً بنظره على الاشتراك بينهم أثلاثاً، و لا يجوز تصرّف المقرّ و لا المقرّ له فيه الاّ بطريق المقاصة لو اجتمعت شرائطها.

و حينئذ تكون نسبته اليهما على حدّ واحد، لانّ كلّ واحد له ثلث في نصف المنكر، فاستيلاؤه عدواناً على ثلثيهما في نصفه يسوغ لهما التصرف في ثلثه في نصف المقرّ على حدّ سواء، و حينئذ لو سبق أحدهما الى المقاصّة كان له ثلثه، سواء كان المقرّ أو غيره، و لو ترافعا المقرّ له و المنكر الى الحاكم، فان لم يكن للحكم موضوعية فالحكم كذلك، و ان قلنا بموضوعيته على نحو يتبدّل الواقع بنظره و حكمه كان للمقرّ له سدسه في نصف المقرّ لا غير.

و كذا لو اقتسم المقرّ و المنكر بطريق الصلح و نحوه، فانّ مقتضى المصالحة أن يكون ثلث المنكر في النصف المفروز للمقرّ لا غير فلا يشاركه فيه المنكر، و لو استولى المقرّ على النصف المذكور بلا اذن من المقرّ له لم يكن عادياً عليه في الثلث المذكور، فيكون ثلثا النصف للمقرّ أحدهما بالاصل و الآخر بالصلح و الثلث الثالث للمقرّ له، هذا ما تقتضيه القواعد في باب الاقرار.

نعم عن المشهور بل عن الايضاح نسبته الى الاصحاب أنّه لو أقرّ أحد

الاخوين بثالث دفع اليه الزائد عمّا يستحقه و هو الثلث ، و لا يدفع اليه نصفه ، و كأنّهم اعتمدوا في ذلك على جملة من النصوص المستفاد منها ذلك ، كما احتمله في الجواهر ، و استظهره شيخنا الاعظم رحمه الله ، فراجع و تأمّل ، و اللّه سبحانه أعلم .

بيع ما يقبل التملك مع ما لا يقبله

لو باع في صفقة واحدة ما يقبل التملّك و ما لا يقبله ، كأن باع خمراً و خلاً و شاة و خنزيراً ، صحّ فيما يقبله على المشهور ، بل ظاهر ما عن جامع المقاصد الاتّفاق عليه ، و عن الغنية الاجماع عليه ، و تقتضيه عمومات الصحة من دون معارض .

و قد تقدّم في مسألة بيع الفضولي مال نفسه و مال غيره دفع بعض الاشكالات الواردة في المقام ، فراجع .

و قد استدلّ له شيخنا الاعظم رحمه الله باطلاق صحيحة الصفّار المتقدّمة المتضمّنة أنّه لايجوز بيع ما ليس بملك [1] ، الشامل لعدم القابلية للملك .

و فيه انّ ظاهر قول السائل فيها : «فهل يصلح للمشتري ذلك و انّما له بعض هذه القرية» ، السؤال عن نفوذ بيع ما ليس بملك من حيث كونه صادراً من غير المالك ، فلا نظر له الى غيرها من جهات المنع ليتمسّك باطلاقه ، فالعمدة في وجه الصحة العمومات .

---

١ ـ عن الصفار انه كتب الى أبي محمد الحسن بن على العسكري عليهما السلام في رجل له قطاع ارضين ، فيحضره الخروج الى مكة و القرية بمراحل من منزله ـ الى أن قال : ـ فوقع عليه السلام : لا يجوز بيع ما ليس بملك و قد وجب الشراء من البايع على ما يملك (التهذيب ٧: ١٥٠، الفقيه ٣: ١٥٣، عنه الوسائل ١٧: ٣٣٩).

و ربّما يقيّد الحكم بالصحة بصورة جهل المشتري بالفساد ، اذ مع العلم به يكون المبذول بازاء ما يقبل الملك مجهولاً فيبطل ، لكن عرفت سابقاً ما فيه ، و أنّه لا يعتبر أكثر من العلم بثمن المبيع ببيع واحد .

ثمّ انّ المراد من قولهم : لا يقبل الملك ، مجرّد عدم صحّة بيعه بالنظر الى نفسه و ان كان يقبل الملك ، كالاناء المكسور و آلات القمار و أواني الذهب و الفضّة ، و نحوها ممّا لا يصح بيعه مع أنّها مملوكة و مضمونة على الغاصب ، لكونها مالاً شرعاً و عرفاً ، و ان قلنا ببطلان المعاملة عليها .

أقسام بعض المبيع الّذي يبطل البيع بالاضافة اليه

و من ذلك يظهر أنّ بعض المبيع الّذي يبطل البيع بالاضافة اليه على أقسام :

١ ـ ما يكون مملوكاً لمالكه و مالاً شرعاً و عرفاً كالامثلة المذكورة ، و ان كان لا يصحّ بيعه .

٢ ـ ما لا يكون مملوكاً و لا مالاً شرعاً و ان كان مالاً عرفاً كالحرّ .

٣ ـ ما يكون مملوكاً و لا يكون مالاً شرعاً و ان كان مالاً عرفاً كالخمر ، بناء على جواز ملكها و لو للاستصحاب .

٤ ـ ما يكون مملوكاً و ليس بمال شرعاً و لا عرفاً ، كرضراض الاناء المكسور .

و يختصّ الاخير بامتناع القصد الى بيعه ، بناء على ما عرفت من أنّه مبادلة مال بمال ، و لعلّه خارج عن محلّ الكلام ، فلو وقع كان ملحوظاً تبعاً للبعض الآخر ، و يكون تمام الثمن بازائه ، أو يكون المقصود من البيع الهبة ، أو يكون بيعه مبنيّاً على أنّه مال و لو مع العلم بعدم كونه كذلك ،

لما عرفت آنفاً من أنّه لا مانع من قصد البائع ايقاع البيع على عنوان مفقود.

كيفية التقسيط

ثمّ انّ كيفية التقسيط هنا هي الكيفية المتقدّمة في بيع الفضولي مال نفسه و مال غيره، و تقويم ما لا يصحّ بيعه لا بد أن يكون بلحاظ العنوان الّذي لاحظه المشتري مصحّحاً لبذل المال، سواء أكان خطأ منه كما لو اشترى شاة و خنزيراً على أنّه شاة، أم عمداً كما لو اشترى عبداً و حرّاً تشريعاً منه في كونه عبدا، فلاحظ.

الكلام في ولاية الاب و الجد

لا اشكال في جواز تصرّف الاب و الجد له في مال الطفل بالبيع و الشراء، و يدلّ عليه مضافاً الى الاجماع النصوص الواردة في تقويم الاب جارية ولده الصغار ثمّ يصنع بها ما شاء [١]، و ما ورد في جواز اتّجار الوصيّ بمال الطفل اذا كان قد أوصى أبوه بذلك [٢]، و فيها كفاية.

و أمّا نصوص الاخذ من مال الولد، فمع أنّ الظاهر منها الاخذ الخارجي لا التصرف الاعتباري، انّ موردها الاخذ من الكبير، و مثله قوله

---

١ ـ عن ابن سنان قال: سألته ـ يعنى ابا عبدالله عليه السلام ـ ماذا يحل للوالد من مال ولده؟ قال: أما إذا انفق عليه ولده بأحسن النفقة فليس له أن يأخذ من ماله شيئاً، و ان كان لوالده جارية للولد فيها نصيب فليس له أن يطأها الا أن يقومها قيمة تصير لولده قيمتها عليه (التهذيب ٣٤٥:٦، الرقم: ٩٦٨، عنه الوسائل ٢٦٣:١٧).

٢ ـ عن اسباط بن سالم قال: قلت لابي عبدالله عليه السلام: كان لي اخ هلك فأوصي الى اخ اكبر مني و ادخلني معه في الوصية، و ترك ابنا له صغيرا و له مال، أفيضرب به اخي؟ فما كان من فضل سلمه لليتيم و ضمن له ماله؟ فقال: ان كان لاخيك مال يحيط بمال اليتيم ان تلف فلا بأس به، و ان لم يكن له مال فلا يعرض لمال اليتيم (الكافي ١٣١:٥؛ التهذيب ٣٤٢:٦، عنهما الوسائل ٢٥٧:١٧).

عن أبي الربيع قال: سئل أبوعبدالله عليه السلام عن الرجل يكون في يديه مال لاخ له يتيم و هو وصيه أيصلح له أن يعمل به؟ قال: نعم يعمل به كما يعمل بمال غيره و الربح بينهما، قال: قلت: فهل عليه ضمان؟ قال: لا، اذا كان ناظرا له (التهذيب ٢٨:٤، الاستبصار ٣٠:٢، عنهما الوسائل ٨٩:٩).

صلى الله عليه وآله : «أنت و مالك لابيك» [١]، فلو عمل بها لم تكن ممّا نحن فيه، بل في نصوص التقويم ما ورد في الكبير، فلاحظ صحيح ابن محبوب الوارد في تقوم جارية البنت الّتي قد أهداها اليها أبوها حين زوجها [٢]، و مصحّح اسحاق الوارد في تقويم جارية الابن و الوقوع عليها اذا لم يكن قد مسّها الاب [٣].

لكن فيما تقدّم كفاية، و لا سيّما مع اعتضادها بالاجماع، و تأييدها بما ورد في نفوذ تزويج الاب و الجد لولده [٤]، بل استدلّ بها على المقام بالفحوى، لكنّ الفحوى غير ثابتة كما اشير اليه في مبحث الفضولي.

نعم النصوص الواردة في البيع و الشراء مختصّة بالاب، فالدليل على الحاق الجدّ هو الاجماع.

مضافاً الى ما ورد في تعليل تقديم عقد نكاح الجدّ على عقد الاب من

---

١ ـ عن ابي حمزة الثمالي عن ابي جعفر عليه السلام : ان رسول الله صلى الله عليه وآله قال لرجل : أنت و مالك لابيك، قال ابو جعفر عليه السلام : ما احب أن يأخذ من مال ابنه الا ما احتاج اليه مما لا بد منه، ان الله لا يحب الفساد (التهذيب ٦:٣٤٣، الرقم : ٩٦٢، عنه الوسائل ١٧:٢٦٣).

٢ ـ عن الحسن بن محبوب قال : كتبت الى أبي الحسن الرضا عليه السلام : انى كنت وهبت لابنة لي جارية حيث زوجتها، فلم تزل عندها و في بيت زوجها حتى مات زوجها، فرجعت الى هي و الجارية، أفيحلّ لي أن أطا الجارية ؟ قال : قوّمها قيمة عادلة و أشهد على ذلك، ثمّ ان شئت فطأها (التهذيب ٦:٣٤٥، الكافي ٥:٤٧١، عنهما الوسائل ١٧:٢٦٧).

٣ ـ عن اسحاق بن عمار، عن أبي عبدالله عليه السلام قال : سألته عن الوالد يحلّ له من مال ولده اذا احتاج اليه ؟ قال : نعم، و ان كان له جارية فأراد أن ينكحها قوّمها على نفسه و يعلن ذلك، قال : و ان كان للرجل جارية فأبوه أملك بها أن يقع عليها ما لم يمسها الابن (التهذيب ٦:٣٤٥، الاستبصار ٣:٥٠، عنهما الوسائل ١٧:٢٦٨).

٤ ـ عن عبدالله بن الصلت قال : سألت ابا عبدالله عليه السلام عن الجارية الصغيرة يزوجها ابوها لها أمر إذا بلغت ؟ قال : لا، ليس لها مع ابيها امر ـ الحديث (الكافي ٥:٣٩٤، عنه الوسائل ٢٠:٢٧٦).

التعليل بأنّها و أباها للجد [١]، لو أمكن العمل به في غير مورده، كما هو ظاهر محكيّ التذكرة: «اذا كانا موجودين اشتركا في الولاية، و كان حكم الجدّ أولى»، و حكاه في مفتاح الكرامة قولاً و اختاره، و في محكي تعليق الارشاد: «انّ كلام الاصحاب في باب الانكحة يقتضيه»، و ظاهره الميل اليه.

هذا، و ينبغي الكلام في أمور:

١ ـ اعتبار العدالة في الولي

المشهور كما قيل عدم اعتبار العدالة لاطلاق الادلّة، و الاعتماد فيه على الاصل غير ظاهر، فانّ الاصل عدم ثبوت ولاية لفاسق، أو عدم نفوذ تصرفّه، و أصالة عدم اشتراط الولاية بالعدالة ان رجع الى اطلاق دليل الولاية فليس هو دليلاً مقابلاً للاطلاق، و ان رجع الى غيره فلا أصل له.

و عن الوسيلة و الايضاح اعتبارها، و عن الاخير الاستدلال له بأنها ولاية على من لا يدفع عن نفسه و لا يُعرب عن حاله، و يستحيل من حكمة الصانع أن يجعل الفاسق أميناً يقبل اقراراته و اخباراته عن غيره، مع نصّ القرآن على خلافه ـ انتهى.

و فيه انّ مرجعه ان كان الى المانع العقلي فغير ظاهر، و ان كان الى المانع السمعي فممنوع، اذ المراد بنصّ القرآن ان كان آية النهي عن الركون الى الظالمين [٢]، فالتّمسك بها يتوقّف على كون المراد من الظالم

---

١ ـ عن عبدالله بن الحسن عن على بن جعفر عن اخيه موسي بن جعفر عليهما السلام قال: سألته عن رجل أتاه رجلان يخطبان ابنته فهوي أن يزوج أحدهما و هوي أبوه الاخر أيهما أحق أن ينكح؟ قال: الذي هوي الجد أحق بالجارية، لانها و أباها للجد (قرب الاسناد: ١١٩، مسائل على بن جعفر عليه السلام: ١٠٩، عنهما الوسائل ٢٠: ٢٩١).

٢ ـ «وَ لاَ تَرْكَنُوا إِلَي الَّذِينَ ظَلَمُوا فَتَمَسَّكُمُ النَّارُ» ـ هود: ١١٣.

مطلق الفاسق ، و انّ جعل الولاية نوع من الركون اليه ، و كـلاهما مـحلّ تأمّل ، كما يظهر مـن مـلاحظة مـوارد الاسـتيمان المـالكي مـن الوكـيل و الودعي و عامل المضاربة و غيرهم من الامناء .

مع أنّ الآية لا تشمل فعل الشارع ، فانّ النهي و الامر لا يشمل الناهي و الآمر ، و الاشتراك في المفسدة غـير ظـاهر ، لامكـان الاخـتلاف و لو لوجود المزاحم كما هو ظاهر ، و قبول الاخبار و الاقرار و ان كان من فعل المكلّف لكنّه أمر آخر خارج عن مفهوم الولاية بلحاظ نـفوذ التـصرف و ترتّب الاثر عليه .

فلو دلّت الآية الشريفة عليه أمكن تخصيصها بقاعدة : من ملك شـيئاً ملك الاقرار به ، الّتي لا فرق في دليلها بين العادل و الفاسق .

و من ذلك يظهر الاشكال في الاستدلال المذكور لو كان المـراد آيـة النبأ [1] ، مضافاً الى الاشكال في التمسك بها على عدم قبول خبر الفاسق .

٢ ـ اعتبار المصلحة في تصرّفات الولي

المنسوب الى المتقدّمين اعتبار المـصلحة فـي نـفوذ التـصرف ، بـل استظهر من التذكرة في باب الحجر نفي الخلاف فيه بين المسلمين ، و قد صرّح به جماعة ، كالشيخ في المبسوط و الحلّي في السرائر و الفاضلين و الشهيدين و المحقق الثاني و غيرهم على ما حكي .

و كأنّه لظاهر قوله تعالى : « **وَ لاٰ تَقْرَبُوا مٰالَ الْيَتِيمِ اِلاّٰ بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ** » [2] ، لكن في عمومه للاب منع ، لعدم صدق اليـتيم مـع وجـوده ، و حـينئذ

---

١ ـ « اِنْ جٰاءَكُمْ فٰاسِقٌ بِنَبَإٍ فَتَبَيَّنُوا أَنْ تُصِيبُوا قَوْماً بِجَهٰالَةٍ فَتُصْبِحُوا عَلٰي مٰا فَعَلْتُمْ نٰادِمِينَ » ـ الحجرات :٦.

٢ ـ الانعام : ١٥٢ ، الاسراء : ٣٤.

فالمرجع اطلاق دليل ولايته ، لكن عرفت أنّه منحصر بالاجماع الّذي لا مجال للرجوع اليه مع تحقّق الخلاف ، و النصّ المنحصر في رواية وصيّة الاب بالمضاربة في مال الولد الصغير الّتي لا تدلّ على جواز التصرف مطلقاً ، فانّ الاتّجار بالمال ممّا جرت عليه طريقة العقلاء و يرونه مصلحة للمالك .

نعم تدلّ على سقوط الضمان الثابت على الولي لولا الوصية ، و هو غير ما نحن فيه ، و رواية تقويم الجارية ، لكن ورود مثلها في الكبير ممّا يوهن التمسك بها في المقام .

و يقوى احتمال أن يكون له سلطنة على التصرف الراجع اليه ، نظير ما ورد في الاخذ من مال الولد الكبير بغير اذنه ، فانّه و ان بني على تقييده بما دلّ على اعتبار أن لا يكون فيه سرف ، كما في صحيح ابن مسلم [١] ، و خبر ابن أبي العلا [٢] ، أو كونه بالمعروف كما في خبر علي بن جعفر [٣] ، أو كونه

---

١ ـ عن محمد بن مسلم ، عن أبي عبدالله عليه السلام قال سألته عن الرجل يحتاج الى مال ابنه ، قال : يأكل منه ما شاء من غير سرف (التهذيب ٦:٣٤٣، الاستبصار ٣:٤٨، الكافي ٥:١٣٥، عنهم الوسائل ١٧:٢٦٢).

٢ ـ عن الحسين بن ابي العلاء قال : قلت لابي عبدالله عليه السلام : ما يحل للرجل من مال ولده ؟ قال : قوته بغير سرف إذا اضطر اليه، قال : فقلت له : فقول رسول الله صلى الله عليه و آله للرجل الذي أتاه فقدم أباه فقال له : أنت و مالك لابيك، فقال : إنما جاء بأبيه الى النبي صلى الله عليه و آله فقال : يا رسول الله هذا أبي و قد ظلمني ميراثي من امي ، فأخبره الاب أنه قد أنفقه عليه و على نفسه و قال : أنت و مالك لابيك ، و لم يكن عند الرجل شيء ، أو كان رسول الله صلى الله عليه و آله يحبس الاب للابن (الكافي ٥:١٣٦، عنه الوسائل ١٧:٢٦٥).

٣ ـ عن على بن جعفر عن ابي ابراهيم عليه السلام قال : سألته عن الرجل يأكل من مال ولده ؟ قال : لا ، الا باذنه أو يضطر فيأكل بالمعروف ، أو يستقرض منه حتّى يعطيه إذا ايسر (قرب الاسناد :١١٩، عنه الوسائل ١٧:٢٦٥).

ممّا لا بدّ منه معلّلاً بأنّ اللّه لا يحبّ الفساد كما في صحيح الثمالي [١]، لكن ظهوره في عدم اعـتبار الاذن لا مـجال لانكـاره ، و لا سـيّما بـملاحظة التفصيل بين الوالد و بين الولد و الوالدة [٢]، فلا يمكن التعدّي الى مطلق التصرف في مال الولد ، و لو لم يرجع اليه فلا اطلاق يـدلّ عـلى جـواز التصرف و لو لم يكن مصلحة للولد .

و حينئذ فأصالة عدم ثبوت الولاية مع عدم المصلحة أو عدم نـفوذ التصرف لا مانع من العمل بها ، مع أنّه لو تمّ الاطلاق الدالّ عـلى جـواز التصرف و لو مع عدم المصلحة ، فظاهر الآية اعتبار المصلحة في الجد ، و بضميمة عدم الفصل تكون معارضة للاطلاق المـذكور بـالعموم مـن وجه ، و المرجع أصالة عـدم الولايـة ايـضاً ، و احـتمال الفـصل مـنفي بالتعليل في رواية تقديم عقد الجد على عقد الاب ، فتأمّل جيّداً .

┤ عن سعيد بن يسار قال : قلت لابي عبدالله عليه السلام : أيحج الرجل من مال ابنه و هو صغير ؟ قال : نعم، قلت : يحج حجة الاسلام و ينفق منه ؟ قال : نعم بالمعروف ، ثم قال : نعم يحج منه و ينفق منه ، ان مال الولد للوالد، و ليس للولد أن يأخذ من مال والده الا باذنه (التهذيب ٦:٣٤٥، الرقم : ٩٦٧، عنه الوسائل ١٧:٢٦٤).

١ ـ عن ابي حمزة الثمالي عن ابي جعفر عليه السلام : ان رسول اللـه صلى الله عليه وآله قـال لرجـل : أنت و مالك لابيك، قال ابو جعفر عليه السلام : ما احب أن يأخذ من مال ابنه الا ما احتاج اليه مما لا بد منه، ان الله لا يحب الفساد (التهذيب ٦:٣٤٣، الرقم : ٩٦٢، عنه الوسائل ١٧:٢٦٣).

٢ ـ عن محمد بن سنان أن الرضا عليه السلام كتب اليه فيما كتب من جـواب مسـائله : و عـلة تحليل مال الولد لوالده بغير إذنه و ليس ذلك للولد ، لان الولد موهوب للوالد في قوله عز و جل : « يهب لمن يشاء اناثاً و يهب لمن يشاء الذّكور » ، مع أنه المأخوذ بمؤونته صغيراً و كـبيراً، و المنسوب اليه ، و المدعو له ، لقوله عز و جل : « ادعوهم لابائهم هو اقسط عند الله »، و لقول النبي صلى الله عليه وآله : أنت و مالك لابيك ، و ليس للوالدة مثل ذلك، لا تأخذ من ماله شيئاً الا باذنه أو باذن الاب ، و لان الوالد مأخوذ بنفقة الولد و لا توخذ المرأة بنفقة ولدها (عيون الاخبار ٢:٩٦، علل الشرايع :٥٢٤، عنهما الوسائل ١٧:٢٦٦).

نعم قد يأتي في ولاية غيرهما ما يدلّ على جواز التصرف و لو مع عدم المصلحة ، فدلالته على الجواز في الاب بالفحوى ، لكنّه محلّ تأمّل و اشكال ، فانتظر .

٣ ـ مشاركة الجد للاب

الظاهر انّه لا خلاف في أنّ الجد و ان علا يشارك الاب في الولاية ، و ان اختلف في اعتبار حياة الاب فى ولاية الجدّ في عقد النكاح ، كما عن كثير من القدماء ، اعتماداً على موثّق الفضل بن عبد الملك عن ابي عبد اللّه عليه السلام : «انّ الجدّ اذا زوّج ابنة ابنه و كان أبوها حيّاً و كان الجدّ مرضيّاً جاز» [١] ، بناء منهم على أنّ مفهوم القضية الشرعية عدم جواز عقد الجدّ اذا لم يكن أبوها حيّاً .

و فيه انّ المفهوم من قبيل الوصف كما حكاه في الجواهر عن بعض لا مفهوم الشرط كما اختاره فيها ، لانّ الشرطية مسوقة لتحقيق الموضوع فلا تفيد المفهوم ، و مفهوم الوصف غير ثابت ، و حينئذ فالمرجع اطلاق دليل ولايته من النصوص الّذي منه ربّما يستفاد حكم المقام .

٤ ـ هل الحكم مختصّ بالجد الداني أو يعمّ العالي ايضاً ؟

و لو فقد الاب فهل تختصّ الولاية بالجد الادنى لقوله تعالى : « وَ أُولُوا

---

١ ـ عن حميد بن زياد ، عن الحسن بن محمد ، عن جعفر بن سماعة ، عن ابان ، عن الفضل ابن عبدالملك عن ابي عبدالله عليه السلام قال : ان الجد إذا زوّج ابنة ابنه و كان أبوها حيّاً و كان الجد مرضياً جاز ، قلنا : فان هوي أبو الجارية هوي ، و هوي الجد هوي و هما سواء في العدل و الرضي ، قال : أحب اليّ أن ترضى بقول الجد (الكافى ٥:٣٩٦، التهذيب ٧:٣٩١، عنهما الوسائل ٢٠:٢٩٠) .

الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَى بِبَعْضٍ »[١] ، فانّه و ان كان ظاهراً في نفسه في أولويّة الارحام من الاباعد ، و يقتضيه الاستشهاد به في بعض النصوص على ذلك ، الاّ أنّ الاستشهاد به في بعض النصوص الآخر على أولويّة الاقرب من غيره من الارحام يدلّ على أنّ المراد به ما يعمّ الامرين ، بأن تكون القرابة بذاتها و بمراتبها المختلفة شدّة و ضعفاً موجبة للاولوية ، و مقتضاه أولوية الجدّ الادنى من الاعلى ، و لا ينافي ذلك مشاركة الاب و الجد الاعلى في الولاية ، لامكان أن يكون ذلك للدليل الخاص الموجب للخروج عن ظاهره ، فيقتصر على مورده لا غيره .

و فيه انّ الجهة الملحوظة في الاولوية في الآية الشريفة لا تشمل الولاية ، ضرورة عدم ثبوتها لغير الاب و الجد من الارحام ، و أنّ ثبوتها لهما على سبيل المشاركة ، و لا سيّما مع ملاحظة تقدّم عقد الجد على عقد الاب ، فلا تكون الآية مرجعاً فيها أصلاً .

نعم لمّا كان اطلاق دليل الولاية منحصراً بالنصوص الواردة في النكاح ، فان أمكن التعدّي منه الى المقام كما عرفت فهو ، و الاّ اشكل البناء على ثبوت الولاية للاعلى ، اذ هو خلاف أصالة عدم ثبوتها الاّ ان يرجع الى استصحاب ثبوتها له قبل موت الاب ، فلاحظ و تأمّل .

---

١ ـ الانفال : ٧٥.

الكلام في ولاية الفقيه

معاني الولاية

من جملة أولياء التصرف في مال غيره في الجملة الحاكم الشرعي ، و هو الفقيه الجامع لشرائط الفتوى.

فنقول : الولاية تتصوّر بأحد معنيين:

١ ـ استقلاله بالتصرف على نحو يكفي في نفوذ تصرّفه مجرّد نظره بلا حاجة الى اذن من غيره .

٢ ـ عدم صحّة تصرّف غيره بدون اذنه ، فيكون نظره شرطاً في نفوذ تصرّف غيره .

هذا ، و لاجل أنّ ولايته مجعولة من قبل الشارع ، و أنّ من جملة ما يستدلّ به عليها ما دلّ على أنّهم ورثة الانبياء عليهم‌السلام ، كان المتعيّن النظر في مقدار ولاية النبي صلى‌الله‌عليه‌وآله و الائمة عليهم‌السلام .

البحث عن ولاية النبي و أوصيائه عليهم‌السلام

الف : في ولايتهم عليهم‌السلام التشريعية

مقتضى قوله تعالى : «اَلنَّبِيُّ أَوْلىٰ بِالْمُؤْمِنِينَ مِنْ أَنْفُسِهِمْ »[1] ، و نحوه مثل قوله صلى‌الله‌عليه‌وآله في رواية أيوب بن عطية : «أنا أولى بكلّ مؤمن من نفسه» ،

---

١ ـ الاحزاب : ٦.

و قوله صلى الله عليه وآله في حديث الغدير: «ألست أولى بكم من أنفسكم ؟ قالوا: بلى، قال: من كنت مولاه فهذا علي مولاه»[١]، ثبوت الولاية للنبي صلى الله عليه وآله و الامام عليه السلام على النفوس، و مقتضى عدم الفصل و الاولوية ثبوت الولاية على الاموال ايضاً.

و دعوى قوّة احتمال الاختصاص بصورة التزاحم امّا للانصراف، أو لانّ الولاية لا تقبل الشدّة و الضعف، فلا بدّ أن يكون التفضيل مجازياً، و المراد ثبوت الولاية عند التزاحم للنبي صلى الله عليه وآله و انتفاؤها عن غيره، مدفوعة بأنّ الانصراف ليس بنحو يعتدّ به في رفع اليد عن اطلاق الكلام، و عدم قبول الولاية للشدّة و الضعف غير ثابت، و ظهور الكلام يقتضيه، فالعمل عليه متعيّن، و كون المعهود من سيرتهم في الناس على حد سيرة بعضهم مع بعض من الاستئذان من البالغة الرشيدة في تزويجها، و بيع مال الغير باذنه و نحو ذلك، أعمّ لجواز عدم تعلّق ارادتهم بالتصرف على نحو الاستقلال.

هذا، و أمّا الاستدلال على ذلك بما دلّ على وجوب اطاعتهم و حرمة مخالفتهم، مثل قوله تعالى: «أَطِيعُوا اللّهَ وَ رَسُولَهُ ـ الآية»[٢]، و قوله تعالى: «فَلْيَحْذَرِ الَّذِينَ يُخَالِفُونَ عَنْ أَمْرِهِ ـ الآية»[٣]، و نحوه، فغير ظاهر لعدم دلالته على الولاية بالمعنى المذكور، فادراج مثل ذلك في سلك الادلّة كما ترى.

و مثله الاستدلال بالعقل لحكمه بوجوب شكر المنعم بعد معرفة أنهم عليهم السلام أولياء النعم، أو من جهة أنّ الابوّة اذا اقتضت وجوب الاطاعة

---

١ ـ الحديث من المتواترات بين الخاصة و العامة، راجع الغدير ١: ١٤ ـ ١٥٨.

٢ ـ الانفال: ٢٠.

٣ ـ النور: ٦٣.

فالنبوّة و الامامة أولى أن تقتضي ذلك ، فانّ الدليل المذكور ايضاً راجع الى تحقيق وجوب الاطاعة لا غير كما لعلّه ظاهر .

ب : توقف تصرف الغير على اذن الامام عليه السلام

و أمّا ثبوت الولاية بالمعنى الثاني فقد ثبت في جملة من التصرفات كالحدود و التعزيرات و الحكومات و غيرها ، لما ورد من أنّها لامام المسلمين، و تحقيق ذلك موقوف على مراجعة الادلّة الخاصة الواردة في تلك الموارد .

نعم لو لم يتمّ الدليل على ذلك كان المرجع امّا اطلاق دليل الجواز أو دليل المنع ان كان ، و الاّ كان المرجع أصل الجواز ، الاّ أن لا يصحّ الرجوع الى الاصل حيث يمكن الرجوع الى الامام ، فانّ الاصول الجارية في الشبهات الحكمية يتوقّف العمل بها على الفحص اللازم ، و مع التمكّن من الرجوع الى الامام يتعيّن الفحص بالرجوع اليه كما لا يخفى .

البحث في ولاية الفقيه

الف : فيما يستدلّ على اثبات كونهم مستقلّين بالتصرف

و أمّا ولاية الحاكم ، فقد قيل بثبوتها اعتماداً على ما ورد في شأن العلماء ، مثل ما رواه في البحار عن الصدوق في الامالي و ثواب الاعمال ، و الصفّار في بصائر الدرجات ، و المفيد في الاختصاص ، و في بعضها صحيح السند و في آخر مصحّح بابراهيم بن هاشم مع تفاوت في المتن يسير : « انّ العلماء ورثة الانبياء ، انّ الانبياء لم يورّثوا ديناراً و لا درهماً

و لكن ورّثوا العلم ، فمن أخذ منه أخذ بحظّ وافر»[١].

و ما في البحار عن الغوالي عن النبي صلى الله عليه و آله : «الفقهاء أمناء الرسل ما لم يدخلوا في الدنيا»[٢].

و ما عن تحف العقول عن الحسين بن علي عليهما السلام : «مجاري الامور و الاحكام على أيدي العلماء باللّه ، الامناء على حلاله و حرامه»[٣].

و المرسل في مكاسب شيخها الاعظم رحمه الله : «علماء امّتي كأنبياء بني اسرائيل»[٤].

و عن جامع الاخبار انّه صلى الله عليه و آله قال : «أفتخر يوم القيامة بعلماء امّتي فأقول : علماء امّتي كسائر الانبياء قبلي» ، و قريب منه ما عن الرضوي[٥].

و ما عن نهج البلاغة : «أولى بالانبياء أعلمهم بما جاءوا به»[٦].

و ما رواه في البحار عن الامالي و العيون و معاني الاخبار بأسانيد

---

١ ـ عن ابي البختري عن ابي عبدالله عليه السلام قال : ان العلماء ورثة الانبياء ، و ذاك ان الانبياء لم يورثوا درهماً و لا ديناراً ، و انما اورثوا احاديث من احاديثهم ، فمن اخذ بشيء منها فقد اخذ حظاً وافراً (الكافي ١:٣٢).

بحار الانوار ٢:٩٢ عن المصادر .

٢ ـ بحار الانوار ٢:١١٠.

٣ ـ عن الحسين بن علي عليهما السلام في الامر بالمعروف و النهي عن المنكر ، و يروى عن أمير المؤمنين عليه السلام : انتم اعظم الناس مصيبة ، لما غلبتم عليه من منازل العلماء لو كنتم تسعون ذلك، بان مجاري الامور و الاحكام على أيدي العلماء بالله الامناء على حلاله و حرامه (تحف العقول :١٦٨).

٤ ـ عوالي اللئالي ٤:٧٧، عنه البحار ٢:٢٢، و في التحرير للعلامة ١:٣، عنه المستدرك ١٧:٣٢٠، حاكياً عن النبى صلى الله عليه و آله .

٥ ـ «علماء امتي بمنزلة انبياء بني اسرائيل » ، الفقه الرضوى :٣٣٨، عنه البحار ٧٨:٣٤٦.

٦ ـ النهج :٤٨٤، المختار من الحكم، الحكمة :٩٦.

مختلفة ، و عن الغوالي و صحيفة الرضا عليه‌السلام عن النبي صلى‌الله‌عليه‌وآله أنه قال : «اللّهم ارحم خلفائي ـ ثلاثاً ، قيل : يا رسول اللّه و من خلفاؤك ؟ قال صلى‌الله‌عليه‌وآله : الّذين يأتون من بعدي يروون حديثي و سنّتي»[١].

و ما في مقبولة ابن حنظلة : «قد جعلته عليكم حاكماً»[٢].

و في مشهورة أبي خديجة : «جعلته عليكم قاضياً»[٣].

و التوقيع الرفيع المروي عن اكمال الدين ، و كتاب الغيبة ، و احتجاج الطبرسي : «و أمّا الحوادث الواقعة فارجعوا فيها الى رواة حديثنا فانّهم حجّتي عليكم و أنا حجّة اللّه تعالى»[٤].

المناقشة في هذه الادلّة

هذا ، و لا يخفى أنّ ما ورد في شأن العلماء مع ضعف سند بعضه قاصر الدلالة على ثبوت الولاية بالمعنى المقصود ، فانّ الاوّل صريح في ارث العلم ، و الثاني ظاهر في الائتمان على الاحكام و تبليغها ، و الثالث لا تخلو من اجمال ، مع أنّ العلماء باللّه غير العلماء بالاحكام الّذين هم موضوع البحث ، و الرابع ظاهر فيما هو ظاهر الثاني كما يناسبه جدّاً التشبيه بأنبياء بني اسرائيل لا بنفس النبي صلى‌الله‌عليه‌وآله ، و مثله الخامس ،

---

١ ـ الوسائل ٢٧:٩١ عن الفقيه ٤:٣٠٢ ، و أمالي الصدوق :١٥٢ ، و عيون أخبار الرضا عليه‌السلام ٢:٣٧ ، معاني الاخبار :٣٧٤ ، و المستدرك ١٧:٢٨٧ عن صحيفة الرضا عليه‌السلام :٤٨، و عوالي اللئالي ٤:٦٤.

٢ ـ الكافي ١:١٠، عنه الوسائل ٢٧:١٣، كذا في الاحتجاج :٣٥٦، عنه المستدرك ١٧:٣٠٢.

٣ ـ التهذيب ٦:٢١٩، عنه الوسائل ٢٧:١٣٩.

٤ ـ اكمال الدين :٤٨٣، عنه الوسائل ٢٧:١٤٠.

و السادس لا يخلو من اجمال في الاولوية ، مع أنّ موضوعه الاعلم المطلق لا مطلق العالم ، و السابع ظاهر في الاستخلاف في رواية الحديث و السنة .

و بالجملة النصوص المذكورة ظاهرة في خصوص الوظيفة الدينية البحتة .

و أمّا الحاكم في المقبولة فالظاهر منه من له وظيفة الحكم ، امّا بمعنى الحكم بين الناس فيختصّ بفصل الخصومة ، أو مطلقاً فيشمل الفتوى كما يناسبه العدول عن التعبير بالحكم الى التعبير بالحاكم ، حيث قال عليه السلام : «فليرضوا به حكماً ، فانّي قد جعلته عليكم حاكماً » ، مضافاً الى ما يأتي مثله في المشهورة ، و ليس له ظهور بمعنى السلطان أو الامير كي يكون له ولاية التصرف في الاموز العامّة ، فضلاً عن أن يكون بمعنى من له الولاية المطلقة بالتصرف في النفوس و الاموال .

و دعوى أنّ اطلاق الحكم الّذي جُعل من وظائفه يقتضي ذلك ، فانّ قولنا : زيد له الحكم ، مثل قولنا : زيد له الامر ، ظاهر في نفوذ جميع تصرّفاته التشريعية و التكوينية ، مدفوعة بأنّ ذلك المعنى يأباه قوله عليه السلام : «فاذا حكم بحكمنا فلم يقبل منه ـ الخ » ، فانّه ظاهر في الحكم المتعلّق بفعل المكلّف ، فلاحظ .

و أشكل منها المشهورة ، فانّ جعله قاضياً فيها انّما يقتضي أن يكون له وظيفة القضاة من فصل الخصومة فقط ، أو ما يعمّه و بعض الامور الاخر مثل الولاية على أخذ الحق من المماطل و حبسه و بيع ماله ، و التصرف في مال القصير و نصب القيّم عليه ، و نحو ذلك ممّا ثبت كونه من وظائف القضاة في عصر صدور الرواية المذكورة .

بل قد يستشكل في تعميمه لذلك من جهة خصوص مورده

بالخصومة ، لكن يدفعه أنّه لو كان مختصّاً بذلك لكان يكفي فيه قوله عليه السلام : «اجعلوا بينكم رجلاً قد عرف حلالنا و حرامنا» ، و لا حاجة الى ضمّ قوله عليه السلام : «فانّي قد جعلته عليكم قاضياً» ، فذلك شاهد بأنّ المراد تطبيق جعله قاضياً في المورد شبه الكبرى الكليّة الّتي يكون المورد من صغرياتها .

و كيف كان فغاية ما تدلّ عليه المشهورة أنّ المجعول للفقيه وظيفة القاضي مطلقاً ، و من المعلوم أنّ الولاية بالمعنى الّذي هو محلّ الكلام ليس منها .

و أمّا التوقيع الرفيع ، فاجمال الحوادث المسؤول عنها مانع من التمسّك به ، اذ من المحتمل أن يكون المراد منها الحوادث المجهولة الحكم ، و يكون الرجوع الى الرواة لمعرفة حكمها .

و لا ينافي ذلك وكول نفس الحادثة اليه ، من أجل أنّه لو كان المراد الرجوع في حكمها كان المتعيّن التعبير بقوله : ارجعوا في حكمها الى رواة حديثنا .

وجه عدم المنافاة أنّه لا بدّ من ارتكاب التقدير على كلّ حال ، اذ الحادثة الواقعة لا معنى لايكال نفسها الى الغير ، لأنّه تحصيل الحاصل ، فالمراد امّا ايكال حكمها أو ايكال الشأن اللازم فيها اليه ، و تعيّن الثاني غير ظاهر .

كما لا ينافى ذلك ايضاً ما يقال من أنّ الرجوع الى العلماء في معرفة الاحكام من البديهيات الّتي لا تخفى على مثل اسحاق ، فكيف يمكن أن يكتبه في مسائل اشكلت عليه ، اذ فيه أنّه يكفي في السؤال احتمال الارجاع الى صنف خاص من العلماء .

و لذا صدر السؤال عن ذلك من جماعة كعبد العزيز بن المهتدي :

سألت الرضا عليه السلام فقلت : انّي لا ألقاك في كلّ وقت فعمّن آخذ معالم ديني ؟ فقال عليه السلام : «خذ عن يونس بن عبد الرحمان»[١] ، و كعلي بن المسيب الهمداني حيث قال للرضا عليه السلام : شقّتي بعيدة و لست أصل اليك في كلّ وقت فممّن آخذ معالم ديني ؟ قال عليه السلام : «من زكريا بن آدم القمي»[٢] ، و نحوهما غيرهما[٣].

كما لا ينافي ذلك ايضاً التعليل بقوله عليه السلام : «فانّهم حجّتي عليكم» ، فانّه يناسب الامور الراجعة اليه عليه السلام الّتي هي من منصبه ، و لو كان المراد الرجوع في الحكم كان المناسب التعبير بقوله عليه السلام : فانّهم حجة اللّه تعالى .

وجه عدم المنافاة أنّه يكفي مصحّحاً للتعبير المذكور كونه واسطة في الارجاع المذكور ، بل التعبير بالحجّة يناسب التكليف جدّاً ، اذ الحجّة ما يكون قاطعاً للعذر و مصحّحاً للعقاب ، و ذلك انّما يكون في التكليف فانّه المستتبع له كما لا يخفى ، فالتعليل من هذه الجهة على الخلاف أدلّ .

نعم ظاهر التعبير بالحوادث الواقعة أنّ المراد منها الحوادث الاتّفاقية لا الاعمال اليومية المستمرّة ، و تخصيصها بالسؤال يقتضي اختصاصها بالجهة المسؤول عنها ، و تعيين المرجع في معرفة حكمها ممّا لا يختص بها ، فلا بدّ أن يكون المسؤول عنه أمراً غير الحكم ، و بقرينة الجواب

---

١ ـ رجال الكشي ٢: ٤٩٠، عنه الوسائل ٢٧: ١٤٧.

٢ ـ رجال الكشي ٢: ٨٥٨، عنه الوسائل ٢٧: ١٤٦.

٣ ـ عن عبدالله بن أبي يعفور ، قال : قلت لابي عبدالله عليه السلام : انّه ليس كل ساعة ألقاك و لا يمكن القدوم و يجيء الرجل من أصحابنا فيسألني و ليس عندي كلّ ما يسألني عنه ، فقال : ما يمنعك من محمد بن مسلم الثقفي ، فانّه سمع من أبي و كان عنده وجيهاً .(رجال الكشي ١: ١٦٣ ، عنه الوسائل ٢٧: ١٤٤).

يعلم أنّ المراد السؤال عمّن يقوم بشؤون تلك الحوادث و وظائفها .

و لكن يدفعه ايضاً أنّ من الجائز أن تكون الاعمال اليومية الّتي استمرّ عليها ممّا اتّضح له حكمها بمراجعته عليه السلام و لو بواسطة علمية ، و يكون سؤاله عن الحوادث الاتّفاقية الّتي لم تكن محلّ الابتلاء له الى حين السؤال الّتي اختصّت من بين الاعمال بجهل الحكم ، و لذلك اختصّت بالسؤال .

و بالجملة لا ينبغى التأمّل في اجمال التوقيع الشريف ، فلا مجال للركون اليه في اثبات الولاية في الامور العامة للفقيه ، فضلاً عن صلاحيته لاثبات الولاية العامة كما هو محل الكلام .

و من ذلك تعرف أنّ التوقيع الشريف أجنبي عن اثبات الولاية بالمعنى الثاني للفقيه .

ب : توقف تصرف الغير على اذن الفقيه

نعم مشهورة أبي خديجة تقتضي أنّ ما يكون من وظائف القضاة فهو من وظائف الفقيه ، فلا بدّ من رجوع غيره اليه فيها و لا يجوز تصرّفه الاّ باذنه .

و عليه يحتاج الى تحقيق ما هو من وظائف القاضي و تعيينه ليجري عليه الحكم المذكور ، و تكون المشهورة حينئذ مقيّدة لاطلاق دليل مشروعيته في حقّ غير الفقيه بصورة اذن الفقيه له فيه .

هذا لو كان دليل على مشروعيته مطلقاً ، و الاّ فلو كان مقتضى الاصل أو العموم عدم مشروعيّته حتّى بالنسبة الى الفقيه ،كانت المشهورة دليلاً على المشروعية بالنسبة الى الفقيه و غيره باذنه ، أمّا ما لم يثبت كونه من وظائف القضاة فلا مجال للرجوع فيه الى المشهورة ، بل المرجع اطلاق دليل مشروعيّته أو عدمها للفقيه و غيره لو كان ، و لو لم يكن فالمرجع فيه الاصل المقتضي للجواز أو الحرمة على اختلاف المقامات .

نعم لو علم بمشروعيته في الجملة و شك في اعتبار اذن الفقيه ، فان كان مقتضى الاصل الجواز كان مقتضاه عدم اعتبار اذن الفقيه ، و ان كان مقتضى الاصل اعتبار اذنه .

كما لو علم بوجوب التصرّف و شك في وجوبه على جميع المكلّفين كفاية أو على خصوص الفقيه عيناً ، كان مقتضى الاصل الثاني للشك في سقوط التكليف المتوجّه اليه بفعل غيره ، و لعلّ من ذلك التصرف في أموال الغائبين و المجانين و المغمى عليهم و الاموات الّذين لا ولي لهم ، و ملك المسلمين كافّة كالارض الخراجية ، و نحو ذلك من الموارد الّتي يعلم بوجوب التصرف فيها أو بمشروعيّته لئلا يلزم الفساد ، فانّه اذا علم بالمشروعية و شك في اطلاقها أو اختصاصها بالفقيه كان مقتضى الاصل الثاني ، و كذا لو علم بالوجوب و شكّ في كونه كفائياً أو عينيّاً على الفقيه ، فلاحظ .

و أمّا الروايات المتضمنة أنّ كلّ معروف صدقة [١] ، و أنّ عون الضعيف من أفضل الصدقة [٢] ، فهي لا تصلح لتشريع مثل البيع و الشراء و التزويج و نحوها من التصرف الاعتباري ، لانّ الشك في الولاية يستوجب الشك في تحقق العون و المعروف ، و مع الشك في عنوان العام يسقط عن الحجية و لا يصلح لاثبات موضوعه ، نعم اطلاق مثل ذلك يكفي في تشريع التصرفات الخارجية ، مثل حفظه عن التلف و الضياع لصدق المعروف عليه قطعاً .

---

١ ـ عن عبدالاعلى عن ابي عبدالله عليه‌السلام قال : قال رسول الله صلى‌الله‌عليه‌وآله : كل معروف صدقة (الكافي ٤:٢٦، عنه الوسائل ٩:٤٥٩).

٢ ـ عن السكوني عن ابي عبدالله عليه‌السلام قال : قال رسول الله صلى‌الله‌عليه‌وآله : عونك الضعيف من أفضل الصدقة (الكافي ٥:٥٥، عنه الوسائل ١٥:١٤١).

ثمّ أنّه قد اشتهر في الالسن و تداول في بعض الكتب ، كما في كلام شيخنا الاعظم رحمه الله ، بل نسبت روايته عن النبي صلى الله عليه وآله الى كتب الخاصة و العامة : «السلطان ولي من لا ولي له» ، و الظاهر منه ثبوت الولاية للسلطان في كلّ ما يحتاج الى وليّ ، و الاستدلال به لما نحن فيه من ثبوت الولاية للفقيه في ذلك موقوف على عموم النيابة ، و قد عرفت أنّه غير ثابت .

الكلام في ولاية عدول المؤمنين

١ ـ في جواز ولاية غير الفقيه

قد عرفت أنّ مقتضى المشهورة وجوب الرجوع الى الفقيه في كلّ ما هو وظيفة القضاة ، و مقتضى ذلك انتفاء الولاية عن غيره من سائر المكلّفين عدولاً كانوا أو غيرهم ، كما أنّ مقتضى اطلاقها عدم الفرق بين صورة القدرة على الرجوع الى الفقيه و عدمها .

و أمّا ما لم يكن من وظائف القضاة فان كان اطلاق يقتضي مشروعيّته و لو مع القدرة على الرجوع الى الفقيه كان هو المعتمد ، و الاّ فان كان اطلاق يقتضي المنع عنه تعيّن المنع عنه ، و الاّ كان المرجع في مشروعيّته و عدمها الاصل المقتضي للجواز تارة و المنع اخرى ، من غير فرق في ذلك بين العدول و غيرهم ، و الثقات و غيرهم .

نعم ربّما يعلم من مذاق الشارع رجحان بعض التصرفات الّتي يكون مقتضى الاصل أو الدليل عدم جوازها فيتعيّن العمل بالعلم و به يخرج عن دليل المنع ، و احتمال اعتبار اذن الفقيه ساقط بالتعذّر ، لأنّه خلف، فيجوز لمن علم ذلك التصرف بل قد يجب اذا علم وجوبه .

نعم لو احتمل اعتبار اذن العادل أو الثقة مثلاً في جواز التصرف تعيّن الرجوع اليه ، كما تقدّم مثل ذلك في ولاية الفقيه ، كما تقدم ايضاً أنّه لو شكّ في وجوبه على العدل تعييناً أو كفاية كان المرجع للعدل قاعدة الاشتغال ، و لغيره أصل البراءة ، و لعلّ لذلك خصّ المشهور الولاية بالعدل .

الاستدلال على اختصاص الولاية بالعدل

و ربّما يستدل لهم بصحيح اسماعيل بن سعد : سألت الرضا عليه السلام عن رجل مات ـ الى أن قال : ـ و عن الرجل يموت بغير وصية و له ولد صغار وكبار أيحلّ شراء شيء من خدمه و متاعه من غير أن يتولّى القاضي بيع ذلك ، فان تولاّه قاض قد تراضوا به و لم يستعمله الخليفة أيطيب الشراء منه أم لا ؟ فقال عليه السلام : «اذا كان الاكابر من ولده معه في البيع فلا بأس اذا رضي الورثة بالبيع و قام عدل في ذلك »[1].

لكنّه بظاهره لا يخلو من اشكال ، لظهور القاضي الّذي قد تراضوا به في القاضي الشرعي الّذي له الولاية على مال الصغير مطلقاً و ان لم ينضمّ اليه العدل اجماعاً ، و حمله على القاضي غير الشرعي لا داعي اليه ، مع أنّه مطلق من حيث التمكّن من الرجوع الى الفقيه و عدمه ، و كون البيع ممّا لابدّ منه لئلاّ يحصل الضرر و عدمه ، فالحمل على خصوص صورة عدم التمكّن من الرجوع الى الفقيه مع كون ترك البيع ضرراً ثمّ الاستدلال به على ما نحن فيه كما ترى .

اللّهم الاّ أن يكون للاجماع ، أو لأنّه مقتضى الجمع بينه و بين ما دلّ على كون مثل هذا التصرف من وظائف الفقيه لا غير ، فيتعيّن الحمل على صورة عدم التمكّن منه .

و مثله في الاشكال الاستدلال بصحيح علي بن رئاب على كفاية الامانة و ملاحظة مصلحة اليتيم ، قال : سألت أبا الحسن موسى عليه السلام عن رجل بيني و بينه قرابة مات و ترك أولاداً صغاراً و ترك مماليك و غلماناً و جواري و لم يوص ، فما ترى فيمن يشتري منهم الجارية فيتّخذها امّ

---

١ ـ الكافي ٦٦:٧، التهذيب ٢٣٩:٩، عنهما الوسائل ٣٦٢:١٧.

ولد ؟ و ما ترى في بيعهم ؟ فقال عليه السلام : «ان كان لهم وليّ يقوم بأمرهم باع عليهم و نظر لهم و كان مأجوراً فيهم ، قلت : فما ترى فيمن يشتري منهم الجارية فيتخذها امّ ولد ؟ فقال عليه السلام : لا بأس بذلك اذا باع عليهم القيّم لهم الناظر فيما يصلحهم ـ الحديث »[1]، فانّ الولي القيّم ظاهر في الشرعي فلا تكون ممّا نحن فيه .

اللّهم الاّ أن يكون قوله عليه السلام : «الناظر فيما يصلحهم» ، تفسيراً للقيم بقرينة السؤال الظاهر في تحيّر السائل ، و لو كان هناك وليّ شرعي لم يكن موجب للسؤال و التحيّر .

و أمّا صحيح ابن بزيع : مات رجل من أصحابنا و لم يوص ، فرفع أمره الى قاضي الكوفة فصيّر عبد الحميد القيّم بماله ، و كان الرجل خلّف ورثة صغاراً و متاعاً و جواري ، فباع عبد الحميد المتاع ، فلمّا أراد بيع الجواري ضعف قلبه عن بيعهن، اذ لم يكن الميّت صيّر اليه وصية ، و كان قيامه فيها بأمر القاضي لانهنّ فروج ، قال : فذكرت ذلك لابي جعفر عليه السلام و قلت له ـ الى أن قال : ـ فقال عليه السلام : «اذا كان القيّم به مثلك و مثل عبد الحميد فلا بأس به »[2].

فجهة المماثلة محتملة لوجوه ، كالتشيع و الفقاهة و الوثاقة و العدالة ، و تعيين الاخير لانّ الحمل على الثالث يستلزم ثبوت البأس مع انتفائه ولو مع تعذّر الفقيه و لا يمكن الالتزام به ، فيتعيّن الحمل على الثلاثة الاخر ، و لاجل اختلافها بالعموم و الخصوص يقتصر على الاخصّ و هو الاخير لأنّه المتيقن.

---

١ ـ الكافي ٥:٢٠٨، ٧:٦٧، التهذيب ٧:٦٨، الرقم : ٢٩٤ ، الفقيه ٤:١٦١، عنهم الوسائل ١٧:٣٦١.

٢ ـ الكافي ٥: ٢٠٩ ، التهذيب ٩: ٢٤٠ ، الرقم : ٩٣٢ ، عنهما الوسائل ١٧:٣٦٢.

و فيه أوّلاً : انّه لم يفرض في السؤال لابدّية البيع ، و حينئذ لا بأس بالالتزام بثبوت البأس في البيع مع انتفاء الفقاهة و لو مع التعذّر بالحمل على فرض عدم اللابدّية للبيع ، بل لعلّ ترك التعرّض لذلك في السؤال قرينة على عدمها لاهميّة دخلها في جواز البيع .

و ثانياً : انّ الحمل على العدالة يأباه تصرّف عبد الحميد بالبيع بمجرّد نصب القاضي له كما يظهر من توقّفه من بيع الجواري لأنّهن فروج .

و لا ينافي ذلك ما عن بعض نسخ التهذيب من توصيف عبد الحميد بأنّه ابن سالم الّذي قد نصّ على توثيقه جماعة ، أوّلاً : انّ المحكي عن بعض النسخ خلوّه عن ذلك ، و ثانياً : انّه لا يقتضي اتّحاده مع ابن سالم العطّار لجواز مغايرتهما ، و ليس كلّ مسمّى عبد الحميد بن سالم مذكوراً في كتب الرجال ، مع أنّ في توثيقه اشكالاً ، كما يظهر من ملاحظة كتب الرجال ، و ثالثاً : انّ الوثاقة أعمّ من العدالة .

و من هنا يشكل الحمل على الفقاهة ، فانّ العدالة شرط في ولاية الفقيه ، و عليه فجعل الرواية دليلاً على الاكتفاء بالوثاقة لا غير أولى ، لكن موردها خصوص المنصوب من قبل القاضي ، فتأمّل .

نعم موثّق سماعة : عن رجل مات و له بنون و بنات صغار و كبار من غير وصية و له خدم و مماليك و عقد [1] ، كيف يصنع الورثة بقسمة ذلك الميراث ؟ قال عليه‌السلام : «ان قام رجل ثقة قاسمهم ذلك كلّه فلا بأس» [2] ، دالّ على الاكتفاء بالوثاقة و اطلاقه يقتضي عدم الفرق بين امكان الرجوع الى الفقيه و عدمه ، و لابدّية القسمة و عدمها ، لكن مورده خصوص القسمة ،

---

١ ـ العقد جمع العقدة ، و هي الضيعة و المكان الكثير الشجر.

٢ ـ الفقيه ٤:١٦١، الرقم : ٥٦٣ ، الكافي ٦٧:٧، التهذيب ٢٤٠:٩، الرقم : ٩٢٩، عنهم الوسائل ٤٢٢:١٩.

فالعمل باطلاقه مع الاقتصار على مورده في محلّه ، الاّ أن يقوم اجماع على خلافه .

و أمّا حسنة الكاهلي ، قلت لابي عبد اللّه عليه السلام : انّا لندخل على أخ لنا في بيت أيتام و معه خادم لهم ، فنقعد على بساطهم و نشرب من مائهم و يخدمنا خادمهم و ربّما طعمنا فيه الطعام من عند صاحبنا ، و فيه من طعامهم فما ترى في ذلك ؟ قال عليه السلام : «ان كان في دخولكم عليهم منفعة لهم فلا بأس و ان كان فيه ضرر فلا »[1] .

فالظاهر منها السؤال عن تصرّف الولي بالاذن في الدخول في دارهم و أكل طعامهم و شرب مائهم و استخدام خادمهم ، لا في تصرّفهم الابتدائي ، فلا تكون ممّا نحن فيه .

هذا ، و الّذي ينبغي أن يقال : انّ النصوص المتقدّمة بين ما يظهر منه اعتبار العدالة و بين ما يظهر منه الاكتفاء بالوثاقة ، و الجمع العرفي بينهما و ان كان هو التقييد و العمل على الاوّل لكن عرفت اباء صحيح ابن بزيع عن ذلك ، فلا يبعد البناء على الاكتفاء بالوثاقة و لا سيّما بملاحظة قرينة مناسبة الحكم و موضوعه .

هذا كلّه بعد البناء على الغضّ عن بعض الاشكالات السابقة ، لامكان اندفاعها بعد التأمّل ، فلاحظ .

جواز مباشرة الفاسق

هذا ، و ظاهر شيخنا الاعظم رحمه الله حمل ما دلّ على الاكتفاء بالامانة ، و ملاحظة مصلحة اليتيم على صحّة التصرف و جوازه واقعاً ، و حمل ما دلّ على اعتبار العدالة على اعتبارها على نحو الطريقية في ترتيب الاثر

---

١ ـ الكافي ١٢٩:٥، عنه الوسائل ٢٤٨:١٧.

على التصرف بالنسبة الى غير المتصرف، فلو علم كون التصرف على نحو المصلحة جاز ترتيب الاثر و لو كان صادراً من الفاسق.

و فيه انّ الاصل في الوصف المأخوذة قيداً أن يكون قيداً للحكم الواقعي لا الظاهري، مع أنّ قول السائل في صحيح اسماعيل: «أيطيب الشراء منه»، لو كان ظاهراً في الطيب الظاهري، و كذا قوله: «أيحلّ الشراء»، فمثله موجود في صحيح ابن رئاب و غيره لقول السائل فيه: «فما ترى فيمن يشتري منهم ـ الخ»، و قول السائل في موثق سماعة: «كيف يصنع الورثة ـ الخ»، فانّ المراد منه ترتيب الورثة الكبار الاثر على القسمة، مع أنّ رواية ابن بزيع خالية عن التعبير بمثل ذلك و ظاهرة في حكم التصرف نفسه، فتأمّل.

و بالجملة فهذا الجمع ممّا لا قرينة عليه.

حكم الشراء من الفاسق

و مثله في الاشكال ما يظهر منه ﷺ من الفرق بين تصرف العادل و تصرف الفاسق، و أنّه يجوز ترتيب الاثر على الاوّل كالشراء منه و لا يجوز في الثاني لعدم حجّية خبره، و عدم جريان أصالة الصحة في تصرّفه، لانّ الاثر لم يحمل على التصرف الصحيح، و انّما حمل على اصلاح المال و لا يمكن احرازه بأصالة الصحة، لانّ الاصلاح من قبيل المقوّم للفعل لا من قبيل المصحّح، فالشكّ فيه نظير الشك في أصل وجود الصلاة على الميت لا نظير الشك في صحّتها بعد احراز وجودها.

وجه الاشكال أوّلاً: عدم ثبوت حجّية قول العادل في المقام.

و ثانياً: انّ الاصلاح من قبيل شرط الصحة، لأنّه شرط الاذن في ايقاع التصرف و ليس من قبيل المقوّم، و مثله لو شك المشتري في بلوغ البائع.

نعم لو كانت المصلحة شرطاً في كلّ من الايجاب و القـبول فأصـالة صحة الايجاب لا تثبت شرط القبول الاّ بناء على الاصل المثبت ، و لعل هذا هو العمدة في عدم ترتيب أثر الصحة بمجرّد تصرف الفاسق .

و من هنا يكون الحكم في المقام أشكل مـن فـرض الشك فـي بـلوغ البائع ، لانّ البلوغ انّما يكون شـرطاً فـي صـحّة الايـقاع ، فـبلوغ البـائع شرط في ايجابه و بلوغ المشتري شرط في قبوله ، فبطلان قـبول البـالغ لبطلان الايجاب لا لفقد شرط القبول بخلاف المقام ، فانّ تـمليك مـال اليتيم تصرّف فيه و قرب اليه ، كما أنّ تملّكه كذلك و التصرّف الخاصّ ، أعني البيعي ، قائم لكلّ منهما ، فعدم المصلحة مانع من صحة كلّ منهما في عرض الاخر لا في طـوله ، و لا فـرق فـي هـذه الجـهة بـين العـادل و الفاسق .

و مثله في ذلك ما لو أذن المالك في بيع ماله بشرط المصلحة ، فـانّ مجرّد بيعه انشاء لا يكفى في صحّة القبول ، نعم لو كان المالك قد جعل نظر المأذون طريقاً الى وجود المصلحة فأخبر بأنّ نظره أنّ البيع مصلحة كان اخباره حجّة ، كما في كلّ ناظر ، فانّه مؤتمن على نظره يقبل خـبره فيه ، فلو باع انشاء كان بيعه اخباراً فعليّاً عن كون نظره أنّ البيع مـصلحة فيجوز الشراء منه لثبوت نظره و لو تعبّداً ، فلاحظ و تأمّل .

تنبيهات في الولاية

١ ـ المتصرّف يكون وليّاً في قبال الحاكم أو نائباً عنه

انّه حيث يجوز التصرف لاحد فان كان تصرّفاً خارجيّاً كان المجعول تكليفاً محضاً ، و ان كان اعتباريّاً من بيع و نحوه فالمجعول يكون حكماً وضعيّاً ، و هو السلطنة على ايقاعه ، و حينئذ يكون المتصرّف وليّاً في قبال الحاكم أو نائباً عنه ، و لا يظهر تعيّن أحد المحتملين لقصور دليل الجعل عن افادة ذلك .

نعم لو كان المراد النيابة عن الحاكم الموجود و لو كان الجعل لتعذّر الوصول اليه ، فاطلاق الروايات ينفيها .

٢ ـ جواز مزاحمة الغير فيما تصرف فيه

لو سبق واحد من العدول مثلاً الى التصدي لبيع مال اليتيم مثلاً ، فهل يجوز للآخر مزاحمته ، بأن يسبقه الى بيعه فينفذ بيعه ؟ وجهان مبنيّان على اطلاق دليل الولاية بنحو يشمل ذلك و عدمه ، فان كان المستند النصوص فلا يبعد اطلاقها ، و ان كان المستند الاجماع أو قضاء الضرورة فلا يبعد اهمالها .

و حينئذ يكون المرجع أصالة عدم الولاية لا استصحاب ثبوتها قبل التصدّي ، لانّ الشك سار الى ذلك الحين لاحتمال اختصاص الولاية بالواقعة الّتي لا يتصدّى فيها العدل ، فالمرجع استصحاب العدم لا الثبوت .

۳ ـ تفريق الشيخ رحمه‌الله في المزاحمة بين الحكّام و عدول المؤمنين

الظّاهر أنّ الحكم المذكور يجري في حكّام الشرع ، فان كانت الواقعة ممّا ثبت النصب فيها بدليل لفظي ، كما في الوقائع الّتي يرجع فيها الى القضاة جازت المزاحمة على النحو السابق ، و ان كانت ممّا استفيد النصب فيها من اجماع أو نحوه لم تجز .

و دعوى أنّه لو كان المستند عموم النيابة المتضمّن أنّ فعل الفقيه كفعل الامام عليه‌السلام و نظره كنظره لم تجز المزاحمة ، لانّ تصدّي الحاكم يكون كتصدّى الامام عليه‌السلام ، فتصدّى الاخير يكون مزاحمة للامام عليه‌السلام ، و هي غير جائزة ، فيها انّ موضوع النيابة هو ما يكون موضوع للاثر الشرعي ، فيختصّ بالتصرف نفسه كالبيع و نحوه ، و لا يشمل مقدّماته العرفية كالعرض للبيع و نحوه .

فالمدّعى ان كان هو المزاحمة في موضوع النيابة فهو ممنوع جدّاً لفرض عدم وقوعه من الفقيه الاوّل و قد سبق اليه الثاني ، و ان كان في مقدّماته فلا يقدح في نفوذ تصرّف الثاني ، لما عرفت من أنّ المقدّمات ليست موضوعاً للنيابة كي تكون مزاحمة الثاني للاوّل فيها مزاحمة للامام .

و أمّا كون نظره كنظر الامام و أمره كأمر الامام عليه‌السلام ، فلا يجدي في منع المزاحمة ، لانّ اعتبار نظره و أمره من باب الطريقية لا على نحو الموضوعية ، فمع علم الثاني الى خلاف نظر الاوّل تعيّن عليه العمل بنظره و مخالفة الاوّل ، و لو كان قد أدّى نظر فقيه الى بيع المال من زيد فشرع في مقدّماته ، فسبقه الثاني الى البيع من زيد ، لم يكن بيع الثاني مخالفاً لنظر الاوّل كي يتوجّه الشبهة بأنّ مخالفته مخالفة لنظر الامام ، فلا مانع من صحته كما لا يخفى .

٤ ـ اعتبار المصلحة في تصرّف الحاكم و العدل و الثقة

قد عرفت فيما سبق أنّ المشهور المدّعى عليه الاجماع ظاهراً أو صريحاً في كلام غير واحد اعتبار المصلحة في التصرّف في مال اليتيم و ان كان المتصرّف أباً أو جدّاً، فهل يعتبر ذلك في تصرّف الحاكم أو العدل أو الثقة، أو يكفي عدم المفسدة ؟

مقتضى الاصل الاوّل، بل لعلّه ظاهر اطلاق قوله تعالى في سورتي الانعام و الاسراء: « وَ لاٰ تَقْرَبُوا مٰالَ الْيَتِيمِ اِلاّٰ بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ حَتّٰى يَبْلُغَ اَشُدَّهُ »[١].

كلام في معنى « و لا تقربوا مال اليتيم ـ الآية»

و لابأس بالتّعرض لمعنى الآية الكريمة تبعاً لما في الجواهر و غيرها، فنقول: يقع الكلام في أمور:

١ ـ النهي المستفاد من « لا » الناهية يحتمل بدواً أن يكون مولويّاً، و أن يكون ارشاديّاً، و أن يكون مولويّاً في مورد و ارشاديّاً في آخر، و تعيين أحد المحتملات موقوف على ملاحظة ما يأتي.

٢ ـ القرب الّذي هو مدخول لاداة النهي و ان كان في نفسه ظاهراً فيما يقابل البعد، و لكن الظاهر منه في المقام التصرف بمال اليتيم، نظير قوله تعالى: « وَ لاٰ تَقْرَبُوهُنَّ حَتّٰى يَطْهُرْنَ »[٢].

و التصرف بمال اليتيم تارة يكون خارجيّاً مثل أكله و شربه و لبسه و نحوها، و اخرى يكون اعتباريّاً مثل بيعه و رهنه و ايجاره و نحوها.

---

١ ـ الانعام: ١٥٢، الاسراء: ٣٤.

٢ ـ البقرة: ٢٢٢.

فان اريد الاوّل تعيّن حمل النهي على ظاهره من كونه مـولويّاً ، و ان اريد الثاني كان مقتضى حمل النهي على المـولوي أن يكـون التـصرّف حراماً و ان كان نافذاً شرعاً ، و ان حمل عـلى الارشـادي كـان مـقتضاه البطلان ، و ان اريد ما يعمّ النوعين من التصرف أمكن حمل النهي على المولوي في الموردين كما أمكن حمله على ما يعمّ المولوي و الارشادي و لا مانع منه ، لانّ الاختلاف بين المولويّة و الارشاديّة لاختلاف الدواعي لا لاختلاف ذاتي ، كما لا يخفى .

الف : الكلام فى معاني «القرب» في الآية

بعد ما عرفت من أنّ المراد من القرب التصرّف فمحتملاته كثيرة ، فانّه تارة يراد منه أقرب ما يكـون الى مـصداق القـرب ، أعـني أوّل مـراتب التصرف مثل مسّه و وضع اليد عليه ، و اخـرى يـراد مـا يـعمّه و سـائر التصرفّات الخارجية ، و ثالثة يراد منه ما يعمّ ذلك و ابقاءه على حاله بترك التصرف فيه ، و رابـعة يـراد مـنه التـصرف الاعـتباري كـالبيع و نـحوه ، و خامسة يراد ما يعمّه و ابقاءه على حاله بترك التصرف فيه ، و سـادسة يراد منه الجامع بين الثاني و الرابع ، و سابعة يراد منه الجامع بين الثـالث و الخامس ، فيكون المراد منه الجامع بين التصرف الخارجي و الاعتباري تركهما .

و الّذي يظهر من عبارة شيخنا الاعظم رحمه الله الاقتصار على الاوّل و الثاني و الرابع و السابع ، و لاجل أن مـنصرف القـرب الى الشـيء هـو القـرب المكاني يتردّد الامر بين أحد المعاني الثلاثة الاوّل ، لكن الثـاني مـنهما أوفق باطلاق الكلام بلا عناية فيكون هو الاقرب ، و عليه فالنهي مولوي لا غير ، و تكون الآية اجنبيّة عن التعرّض لحكم التـصرف الاعـتباري ،

و حينئذ يشكل الاستدلال بها على الصحة و البطلان ، مع أنّ بناء الاصحاب قدّس سرّهم على ذلك .

و يمكن أن يكون الوجه فيه أنّ جعل المستثنى «الّتي هي أحسن» مجروراً بحرف الجر يقتضي أن يكون المستثنى منه مقدّرا و مجروراً بالحرف ، و مثل ب«حيثية» أو «كيفية» أو نحوها ، فمعنى الكلام : لا تقربوا مال اليتيم بكيفية الا بالّتي هي أحسن ، و حينئذ لا يكون معنى الكلام النهي عن قرب المكلّف الى مال اليتيم ، بل وصل فعله به .

فالقرب بما له من المعنى غير ملحوظ كي يكون ظهوره في القرب المكاني موجباً لظهوره في التصرف الخارجي ، بل الملحوظ القرب الى المال بفعل شيء فيه ، اذ فرق بين قولنا : لا تقرب زيداً ، و بين قولنا : لا تقرب زيداً بشيء أو بفعل ، فانّ معنى الاوّل القرب المكاني اليه ، و معنى الثاني أن يوصل فعلاً به أو أن يفعل به شيئاً .

و حينئذ يكون مقتضى الاطلاق في المقدار المستثنى منه العموم للتصرف الخارجي و الاعتباري ، و لا سيّما و أنّ الابتلاء بالتصرف الاعتباري في مال اليتيم شائع كثير ، بل لعلّه أكثر من غيره ، فتخصيص المنع بغيره بعيد جدّاً .

ب : الكلام في معنى «الاحسن» في الآية

انّ الاحسن امّا أن يراد منه التفضيل أو مجرّد الحسن ، و على الاوّل امّا أن يراد الاحسن من تركه أو الاحسن مطلقاً ، و على الثاني فالمراد امّا ما فيه مصلحة أو ما لا مفسدة فيه ، بناء على أنّه أحد معاني الحسن .

و لازم الاوّل أنّه لو كان ترك التصرّف لا حسن منه لم يجز التصرف لعدم كونه أحسن ، اذ التفضيل يتوقّف على الاشتراك في المبدأ و المفروض عدمه .

و مـنه يـظهر أنّ لازم الثـاني ان لو فـرض انـتفاء الحسـن فـي بـعض التصرّفات الّتي يدور الامـر بـينها لم يـجز أي تـصرّف يـفرض ، لعـدم الاشتراك في المبدأ .

كما أنّ لازم الثالث جواز التصرف الّذي فيه مصلحة و ان كـان غـيره أصلح ، و لازم الرابع جواز التصرف اذا لم يكن فيه مفسدة و ان كان غيره فيه المصلحة الاكيدة .

و من ملاحظة اللوازم المذكورة تـعرف أنّ المـعاني المـذكورة كـلّها خلاف الظاهر ، فالمتعيّن حمله على التفضيل المجازى ، أعني ما يترجّح على غيره في نظر العقلاء ، سواء أكان لانّ مصلحته آكد من مصلحة غيره أم لانّ فيه مصلحة و غيره لا مصلحة فيه أو فيه المفسدة .

هذا ، و لكنّ الّذي يظهر من حسنة الكاهلي المتقدّمة جواز التصرف مع عدم المفسدة ، لانّ الظاهر من قوله عليه‌السلام : «ان كان في دخولكم ـ الخ»[١] تحقّق المنفعة لهم بالدخول المساوية لما يؤكل مـن طـعامهم لا مـطلق المنفعة و لو لم تكن موازية ، ضرورة بطلان ذلك ، فيكون مـفهومه : اذا لم يكن في دخولكم منفعة موازية امّا لعدم المنفعة أصلاً أو لعدم كونها موازية ، فذلك ضرر عـليهم لا يـجوز ، فـالشرطية الثـانية عـين مـفهوم الشرطية الاولى .

نعم لو اريد صرف طبيعة المنفعة و لو قليلة كان المفهوم : اذا لم يكن منفعة أصلاً ، سواء أكان ضرر أم لم يكن فلا يـجوز ، و حـينئذ يكـون للمفهوم فردان : أحدهما مصرّح به في الشـرطية الثـانية و الآخـر غـير مصرّح به ، و يتحقّق التعارض بـين الشـرطيّتين فـيما اذا لم يكـن مـنفعة

---

١ ـ الكافي ٥: ١٢٩، عنه الوسائل ١٧: ٢٤٨.

و لا ضرر ، فيحتاج حينئذ الى الجمع بينهما بحمل الثانية على الاولى ، و لكنّ المراد ليس كذلك لما عرفت ، و لانّ مجرّد عدم الضرر بالدخول غير كاف ما لم يتدارك ضرر استيفاء المال كما لا يخفى .

فالمتعيّن حمل الكلام على ما ذكرنا لئلّا يلزم المحذور في منطوق الاولى و مفهوم الثانية ، فلاحظ .

و أوضح منه خبر علي بن المغيرة ، قلت لابي عبد اللّه عليه السلام : انّ لي ابنة أخ يتيمة فربّما أهدي لها الشيء فأكله منها ثمّ أطعمها بعد ذلك الشيء من مالي ، فأقول : يا ربّ هذا بذا ، فقال عليه السلام : «لا بأس» [1] .

و صحيح منصور عن ابي عبد اللّه عليه السلام في رجل ولي مال يتيم أيستقرض منه ، فقال : «انّ علي بن الحسين عليهما السلام قد كان يستقرض من مال أيتام كانوا في حجره فلا بأس» [2] ، و نحوه خبر البزنطي [3] .

و يستفاد ايضاً من الروايات الواردة في تفسير قوله تعالى : « وَ اِنْ تُخٰالِطُوهُمْ فَاِخْوٰانُكُمْ فِي الدّيٖنِ » [4] ، فلاحظ .

نعم لو دار الامر بين تصرّفين أحدهما أحسن من الآخر ، مثل أن يخاف عليه من التلف فيتعيّن بيعه ، و يدور الامر بين بيعه بدينار و بيعه بدينارين

---

١ ـ الكافي ٥: ١٢٩، عنه الوسائل ١٧: ٢٤٩.

٢ ـ الكافي ٥: ١٣١ و ١٣٢، التهذيب ٦: ٣٤١، عنهما الوسائل ١٧: ٢٥٩.

٣ ـ عن أحمد بن محمد بن أبي نصر قال : سألت أبا الحسن عليه السلام عن الرجل يكون في يده مال لايتام فيحتاج اليه ، فيمدّ يده فيأخذه و ينوى أن يردّه ، فقال : لا ينبغي له أن يأكل الاّ القصد و لا يسرف ، فان كان من نيّته أن لا يردّه عليهم فهو يالمنزل الّذي قال اللّه عزّ و جلّ : « انّ الّذين يأكلون أموال اليتامى ظلماً » ـ النساء : ١٠ ، (الكافي ٥: ١٢٨، التهذيب ٦: ٣٣٩، عنهما الوسائل ١٧: ٢٥٩).

٤ ـ البقرة : ٢٢٠.

لاختلاف المواضع أو الدلالين أو نحو ذلك ، فالنصوص المذكورة منصرفة عنه و يتعيّن الاحسن عملاً بالآية .

ج : المراد ب«حتى يبلغ أشده»

انّ قوله تعالى : «حَتَّى يَبْلُغَ اَشُدَّهُ» [١] ، يراد منه و لو بمعونة النصوص المفسّرة له البلوغ الّذي به يخرج عن اليتم ، فلو بني على مفهوم الغاية كانت دالّة على انتفاء الحكم عند البلوغ ، بناء على ما هو الظاهر من كونها غاية للحكم ، و لو بني على مفهوم الوصف كانت الغاية المذكورة مؤكّدة لوصف اليتم في الدلالة على انتفاء الحكم بانتفائه .

ثمّ انّ الحكم المغيّى بها يحتمل أن يكون المستثنى منه ، فتدلّ على جواز القرب بغير الاحسن بعد البلوغ و لا مانع منه .

فان قلت : ايضاً يحرم القرب بعد البلوغ ، لأنّه تصرّف في مال غيره .

قلت : نعم ، و لكنّه اذا كان باذنه فهو جائز بخلاف ما قبل البلوغ ، فانّه يحرم و ان كان باذنه .

و يحتمل أن يكون المستثنى ، فتدلّ على عدم جواز القرب بالاحسن بعد البلوغ و لا مانع منه فانّه تصرّف في مال غيره ، نعم تختصّ بصورة عدم الاذن .

و حينئذ فالظاهر أن يكون غاية للحكم في المستثنى و المستثنى منه بلحاظ اطلاقه ، فكلّ من اطلاق حرمة القرب بغير الاحسن و اطلاق جواز بالاحسن ينتهي بالبلوغ ، و اللّه سبحانه العالم .

---

١ ـ الانعام : ١٥٢ ، الاسراء : ٣٤.

الكلام في بيع العبد المسلم من الكافر

لا يصحّ بيع العبد المسلم على الكافر عند أكثر علمائنا كما عن التذكرة، و عن غيرها نسبته الى الفقهاء تارة و الى أصحابنا اخرى.

ما يستدلّ به على بطلان البيع، و المناقشة فيه

و استدلّ له بالمرسل عن حماد بن عيسى عن أبي عبد اللّه عليه‌السلام: «انّ أمير المؤمنين عليه‌السلام أتي بعبد ذمّي قد أسلم، فقال عليه‌السلام: اذهبوا فبيعوه من المسلمين و ادفعوا ثمنه الى صاحبه و لا تقرّوه عنده»[1].

امّا لانّ حرمة الابقاء المستفادة من قوله عليه‌السلام: «و لا تقرّوه»، تلازم عرفاً حرمة الشراء و حرمته تقتضي الفساد، و امّا لانّ الامر بالبيع من المسلمين يدلّ على اعتبار الاسلام في المشتري في صحّة البيع، فمع انتفائه تنتفي.

و فيه انّ حرمة المعاملة لا تقتضي فسادها، سواء أكانت متعلّقة بالسبب أم بالمسبّب، و استفادة الفساد من النهي في أبواب المعاملات ناشئة من ظهوره في الارشاد الى المانعية، و ليس هنا كذلك، ضرورة أنّ البيع و اعطاء الثمن الى الكافر يدلّ على بقاء ملكيّته، فلا مجال لاحتمال زوال ملكيّة الكافر للعبد من حين اسلامه فضلاً عن دعوى دلالة النص عليه،

---

١ ـ الكافي ٧: ٤٣٢، التهذيب ٦: ٢٨٧، النهاية: ٣٤٩، عنهم الوسائل ١٧: ٣٨٠.

فضلاً عن دلالته على امتناع ملكيّة الكافر للمسلم حدوثاً.

و أمّا الامر بالبيع من المسلمين، فان كان مولويّاً فقد دلّ على وجوب ذلك تكليفاً ، و لا يدلّ على حرمة البيع من الكافرين الاّ بناء على حرمة الضدّ ، فضلاً عن الدلالة على الفساد .

نعم لو كان ارشاديّاً دلّ على اعتبار الاسلام فيمن يشتري المسلم ، لكنّه غير ظاهر ، لقرب كون الوجه في تخصيص البيع بالمسلم الفرار عن المحذور اللازم من البيع على الكافر ، و هو وجوب بيعه ثانياً أو الوقوع في الحرام ، بناء على دلالة النص السابق على حرمة تملّك الكافر للمسلم حدوثاً و بقاء ، و حمل الامر و النهي على الارشاد الى الجزئية أو الشرطية و المانعية في باب المعاملة مشروط بأن لا يكون ما يصلح للقرينة على الخلاف كما في المقام .

و استدلّ له ايضاً بقوله تعالى : « وَ لَنْ يَجْعَلِ اللّٰهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلاً »[1] ، فانّ ملكيّة الكافر للمسلم سبيل عليه ، فلا يكون مجعولاً .

و فيه انّ الحمل على ذلك يستلزم دلالتها على خروجه عن الملك بمجرّد الاسلام و على عدم تملّكه بالارث ، و بناء الاصحاب على خلاف ذلك يؤدّي الى تخصيص الآية بغير ذلك و هي آبية عن التخصيص .

و ايضاً فانّ لازم ذلك الانعتاق على المشتري ، بناء على عدم دخول الملك في مفهوم البيع لا بطلان الشراء من أصله ، و لذا قيل في شراء القريب المسلم بذلك ، و لم يمنع أصل الشراء ، مع أنّ عموم السبيل للملكية غير ظاهر ، فانّ السبيل الى شيء غير السبيل عليه ، و الاوّل ظاهر في الوصول الى ذاته و الاستيلاء عليه ، و الثاني ظاهر في القدرة على

---

١ ـ النساء : ١٤١.

التصرّف به ، و الملكيّة من قبيل الاوّل لا الثاني ، فحمل الآية على الثاني متعيّن.

فتدلّ على نفي السلطنة على التصرف بالمسلم كما هو ظاهر النص المتقدّم المتضمّن للامر ببيعه بدون استئذان مالكه و عدم توجيه الامر بالبيع اليه ، و لاجلها يتعيّن الخروج عن عموم قاعدة سلطنة الناس على أموالهم ، نعم منصرفها السلطنة المستوجبة لنوع من المهانة لا مطلقاً كما سيأتي.

و أمّا ما ورد في تفسيرها من أنّ المراد نفي الحجة فلامجال للعمل به بعد اعراض الاصحاب عنه [1] ، و أمّا حمله على التفسير بالباطن بنحو لا يمنع عن العمل بظاهر الآية فمحتاج الى دليل ، و الاّ فهو خلاف ظاهر دليله.

نعم سياق الآية الشريفة ظاهر فيما يتعلّق بأمر الآخرة ، فانّ ما قبلها

---

١ ـ عن ابي الصلت الهروي قال : قلت للرضا عليه‌السلام : يابن رسول الله في سواد الكوفة قوماً يزعمون ان الحسين بن على عليهما‌السلام لم يقتل و انه القي شبهه على حنظلة بن اسعد الشامي ، و انه رفع الى السماء كما رفع عيسي بن مريم عليه‌السلام ، و يحتجون بهذه الاية :« و لن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلاً»، فقال عليه‌السلام : كذبوا عليهم غضب الله و لعنته ، و كفروا بتكذيبهم لنبي الله في اخباره بأن الحسين بن على عليهما‌السلام سيقتل ، و الله لقد قتل الحسين و قتل من كان خيراً من الحسين ، أمير المؤمنين و الحسن بن على عليهما‌السلام ، و ما منا الا مقتول ، و اني و الله مقتول بالسم باغتيال من يغتالني ، اعرف ذلك بعهد معهود اليّ من رسول الله صلى‌الله‌عليه‌وآله ، اخبره به جبرئيل عن رب العالمين عز و جل ، و اما قول الله عز و جل :« و لن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلاً» فانه يقول : لن يجعل الله لكافر على مؤمن حجة، و لقد اخبر الله عز و جل عن كفار قتلوا النبيين بغير الحق و مع قتلهم اياهم لن يجعل الله لهم على انبيائه عليهم‌السلام سبيلاً من طريق الحجة (عيون اخبار الرضا عليه‌السلام ٢:٢٠٤).

قوله تـعالى : « فَاللَّهُ يَحْكُمُ بَيْنَهُمْ يَوْمَ الْـقِيَامَةِ »[١] ، و النـفي فـيها كـان بأداة الاستقبال ، و لولا ذلك كانت دلالتها على نفي القدرة على التصرف فـيه ممّا يكون سبيلاً عليه عرفاً ممّا لا يـنبغي التأمّـل فـيها كـما لا يـخفى ، و تكون حينئذ مقيّدة لاطلاق قاعدة السلطنة على المال و ان كان بينهما عموم من وجه ، فانّ لسانها لسان أدلّة العناوين الثانوية ، لذا كانت مقدّمة عليها عرفاً ، و ليس تقديمها عليها من باب الحكومة ، اذ ليس فيها تعرّض للقاعدة بوجه ، و لا بدّ في صدق الحكومة من ذلك .

أمّا الرجوع الى استصحاب الصحة في بعض الموارد ، كما لو كان كفر المشتري مسبوقاً بالاسلام أو اسلام العبد مسبوقاً بالكفر ، ثمّ التعدّي الى غيره من الموارد بعدم القول بالفصل ، فلا مجال له .

أوّلاً : لأنّه من الاستصحاب التعليقي ، و في جريانه اشكال محرّر في محلّه .

و ثانياً : من جهة أنّ عدم القول بالفصل لا يجدي في نفي الفصل مـا لم يكن اجماع على عدم الفصل ، مع أنّ عدم الفـصل بـين المـوارد فـي الاحكام الواقعية لا يجدي في التعدّي ما لم يكن عدم الفصل في الاحكام الظاهرية ، لجواز التفكيك في جريان الاصل بين المتلازمات الاّ بناء على القول بالاصل المثبت ، فانّ استصحاب الصحّة التعليقي يكون مقدّماً على استصحاب الفساد التنجيزي ، بناء على كون الاوّل سببيّاً و الثاني مسببيّاً ، كما هو مبنى القول بحجّية الاستصحاب التعليقي ، لكن عرفت الاشارة الى الاشكال فيه .

ثمّ أنّه لا فرق فيما ذكرنا بين البيع و غيره من أسباب الملك الجعلي ،

---

١ ـ البقرة : ١١٣.

كالوصية و الهبة و الصلح و غيرها.

اجارة المسلم على الكافر

و هل يجرى ذلك هي ملك المنافع كالاجارة، فلا تصحّ اجارة المسلم على الكافر كما عن ظاهر القواعد و الايضاح، أو تصحّ اجارته عليه كما عن التذكرة و غيرها، أو تفصيل بين وقوع الاجارة على الذمّة و غيرها فتصحّ في الاوّل كما عن جامع المقاصد و المسالك و غيرهما دون الثاني، أو تفصيل بين الحرّ فتصحّ و غيره فلا كما عن ظاهر الدروس، وجوه.

و كأنّ وجه الثاني المنع من صدق السبيل بمجرّد منع العمل خارجاً أو في الذمة عليه، لانصرافه الى السبيل المطلق، و فيه منع الانصراف المذكور و لا سيّما بملاحظة كون السبيل نكرة في سياق العموم.

و وجه الثالث أنّ العمل في الذمة كالدين الّذي لا اشكال في جواز ثبوته للكافر في ذمّة المسلم، كثمن النسية و كالمبيع سلفاً و البدل في الضمانات و غير ذلك، بخلاف العمل الخارجي فانّ اجارته تستوجب السبيل عليه باستيفائه.

و كأنّ وجه الرابع امّا انصراف الآية بمناسبة ورودها مورد الامتنان الى نفي الجعل الابتدائي، فلا يشمل صورة اقدام المسلم على ذلك باجارة نفسه باختياره، أو لانّ الاستيلاء على الحرّ لا يكون بالاجارة، لأنه لا يكون تحت اليد بخلاف العبد لأنه يكون تحت اليد، فاجارته من الكافر تستوجب استيلاءه عليه فينتفي بنفي السبيل.

و لاجل ذلك قيل بأنّ حقيقة اجارة الحرّ تمليك الانتفاع لا المنفعة، من جهة أنّ تمليك المنفعة يستدعي تسليمها بتسليم العين و الحرّ لا يقبل ذلك، و فيه انّه لا فرق بين الحرّ و العبد في امكان دخوله تحت اليد، و أمّا

عدم ضمان الحرّ فليس لأنّه لا يكون تحت اليد بل لعدم كونه مالاً لغيره كما تقدم في بعض المباحث السابقة ، مضافاً الى أنّ الاجارة لا تقتضي الدخول تحت اليد مطلقاً .

و لاجل ذلك تعرف الاشكال في دعوى كون اجارة الحرّ تمليك الانتفاع مع أنّ الانتفاع ايضاً يتوقّف على قبض العين فيعود المحذور ، و ايضاً فانّ الانتفاع فعل المستأجر فكيف يكون تحت سلطان المؤجر ليملكه للمستأجر ، و ايضاً فانّ التفكيك بين اجارة الحر و العبد خلاف المرتكز العرفى .

و يرد على ما قبله أنّ مقتضى ذلك جواز اجارة العبد باذنه و عدم جواز اجارته بغير ادنه ، كما لو كان قد آجر نفسه لغيره فيؤجره المستأجر لثالث .

و يرد على ما قبله أنّ الدين المستوجب للسلطنة على المطالبة اذا لم يكن منفيّاً بالآية الشريفة لعدم انصراف السبيل اليه فلِمَ لا يكون العمل كذلك ، و الفرق بين كون المملوك في الذمة أو في الخارج غير فارق .

فالتحقيق أنّ السبيل المنفي ما كان موجباً لمذلّة المسلم و مهانة عليه لا مطلقاً ، فاذا لم تكن الاجارة موجبة لذلك صحّت بلا مانع ، من دون فرق بين كونه في الذمّة أو في الخارج ، كما لو استأجره لخياطة ثوبه ، و ان كانت موجبة له كما لو استأجره على أن يكون تحت يده و في قبضته و تحت سلطانه و سيطرته ، و نحو ذلك ممّا كان مهانة على المسلم ، كان اللازم البناء على فساد الاجارة لو كان مفاد نفي السبيل نفي موضوع السلطنة كما سبق ، و الّا كان اللازم البناء على نفوذ الاجارة و انتفاء السلطنة ، و ان وجب على الاجير العمل عملاً بمقتضى الجارة .

و الكلام في العارية بعينه الكلام في الاجارة في التفصيل بين اقتضائها

كون العبد تحت سلطان الكافر و قبضته فلا تصحّ ، و بين عدم اقتضائها ذلك ، كما لو استعار الكافر لخياطة ثوبه و نحوها فتصحّ .

ارتهان المسلم عند الكافر

و أمّا ارتهانه عند الكافر ، فلا يظهر ثبوت السبيل فيه عليه حتّى لو كان قد شرط فيه أن يكون تحت يده ، لانّ مجرد ذلك لا يعدّ سبيلاً عليه ، و السلطنة على استيفاء دينه منه بتوسّط بيع الحاكم أو المالك ليس سبيلاً عليه بل على المالك ، و كذا منع المالك عن التصرّف فيه .

و أوضح منه في الجواز استيداعه عند الكافر ، اذ هو لا يقتضى الاّ جعله في يد الكافر بداعى حفظه ، و ليس ذلك من السبيل عليه .

وقف المسلم على الكافر

و أمّا وقف العبد المسلم على الكافر ، فالظاهر جريان التفصيل المتقدّم في الاجارة و العارية فيه بعينه .

بيان مصداق الكافر و شموله للمرتد و النواصب و الغلاة

ثمّ انّ الظاهر من المسلم في الرواية ما كان بالمعنى الاعمّ المقابل للكافر ، فيعمّ جميع فرق المسلمين حتّى الناصب و الغالي ، و أمّا ما ورد في كفر الناصب و الغالي [1] ، فالظاهر منه الكفر بلحاظ الآثار الاخروية

---

١ ـ عن عبدالله بن أبي يعفور عن أبي عبدالله عليه السلام في حديث قال : و اياك أن تغتسل من غسالة الحمام ، ففيها تجتمع غسالة اليهودي و النصراني و المجوسي و الناصب لنا أهل البيت ، و هو شرهم، فان الله تبارك و تعالى لم يخلق خلقاً أنجس من الكلب و ان الناصب لنا أهل البيت لانجس منه (علل الشرايع :٢٩٢، عنه الوسائل ١:٢٢٠).

نظير ما ورد في كفر المخالف ، و النجاسة و حليّة المال أعمّ من الكـفر فلا يدلّان عليه .

و كذلك ظاهر نفي السبيل ، فانّ الظاهر من المؤمن فيها ما يقابل الكافر ، و لا سيّما بملاحظة زمان نـزولها ، اذ المـراد بـالايمان حـينئذ الاقـرار بالشهادتين .

و يشهد بما ذكرنا رواية حمران قال عليه‌السلام فيها : «و الاسلام ما ظهر من قول و فعل ، و هو الّذي عليه جماعة الناس من الفرق كلّها ، و به حقنت الدماء ، و عليه جرت المواريث ، و جاز النكاح ، و اجتمعوا على الصلاة و الزكاة و الصوم و الحج ، فخرجوا بذلك من الكفر و أضيفوا الى الايمان ـ الحديث »[١] ، و نحوه غيره ، لا أقلّ من الاجمال المقتضي للـرجـوع الى عمومات الصحة .

و من ذلك يشكل الحاق الناصب و الغالي بالكافر فيما نحن فيه ، و من ذلك يظهر لك الحكم في المخالف ، فانّه لا يلحق بالكافر.

و أمّا أطفال الكفار ، فالحاقهم محلّ نظر ، لعدم صدق الكافر عليهم و لو كان بمعنى عدم الاسلام ، لتقابلهما تقابل العدم و الملكة لا تـقابل النقيضين، نعم لا يبعد ذلك في الطفل المميّز .

---

١ ـ عن حمران بن اعين عن أبي جعفر عليه‌السلام قال : سمعته يقول : الايمان مـا اسـتقر فـي القلب و أفضي به الى الله عز و جل و صدقه العمل بالطاعة لله و التسليم لامره ، و الاسلام ما ظهر من قول أو فعل ، و هو الذي عليه جماعة الناس من الفرق كلها ، و به حقنت الدماء ، و عليه جرت المواريث و جاز النكاح ، و اجتمعوا على الصلاة و الزكاة و الصوم و الحج ، فخرجوا بذلك من الكفر و اضيفوا الى الايمان ، و الاسلام لا يشرك الايمان و الايمان يشرك الاسلام ، و هما في القول و الفعل يجتمعان ـ الى أن قال عليه‌السلام : ـ و قد قال الله عز و جل : « و قالت الاعراب آمنا ـ الاية » ، (الكافي ٢:٢٦).

و من ذلك يظهر لك النظر في الحاق أطفال المسلمين بهم ، فتأمّل جيّداً .

الموارد المستثناة من عدم جواز تملك الكافر للعبد المسلم

قد استثني من الحكم المذكور موارد :

١ ـ ما اذا كان الشراء موجباً للانعتاق لكون المشتري قريباً ، فعن النهاية و السرائر و المتأخّرين كافّة الجواز ، امّا لانّ الشراء في المقام لا يستوجب ملكاً ، بناء على ما عرفت في تعريف البيع ، من أنّ الملك ليس من مقوّمات البيع ، و لاجل أنّ القريب لا يملك قريبه ، كانت نتيجة المبادلة بين المالين الانعتاق على المشتري ، و اذ لا ملكيّة لا مجال لاعمال آية نفي السبيل .

و امّا لانّ الشراء و ان استوجب الملك كما يقتضيه ظاهر النصوص الواردة في عدم ملك القريب المتضمّنة قولهم عليهم السلام : «اذا ملكوا عتقوا و اذا ملكن عتقن»[1] ، الاّ أنّ الملكيّة آناًمّا الملحوقة بالانعتاق ليست من السبيل المنفى ، لانصرافه الى الملكيّة المستقرّة ، و لو قيل بأنّ السبيل المنفي هو السلطنة لا نفس الملكيّة ، فأولى أن لا يكون المورد منه ، لانّ السلطنة الّتي لا يمكن اعمالها لعدم قرار موضوعها ليست مهانة بوجه ، فلا تكون منفيّة كما سبق .

و من ذلك تعرف ضعف ما عن المبسوط و القاضي من المنع ، لانّ التملّك سبيل .

---

١ ـ عن عبيد بن زرارة ، عن أبي عبدالله عليه السلام قال : لا يملك الرجل أخاه من النسب ـ الى أن قال : ـ و قال : اذا ملك والديه أو اخته ، أو عمته ، أو خالته ، أو بنت أخيه ـ و ذكر أهل هذه الاية من النساء ـ اعتقوا ، و يملك ابن أخيه و خاله ، و لا يملك امّه من الرضاعة ، و لا يملك اخته و لا خالته ، اذا ملكهم عتقوا (التهذيب ٨: ٢٤١، الاستبصار ٤: ١٥، عنهما الوسائل ٢٣: ٢٠).

٢ ـ ما لو أقرّ الكافر بحريّة العبد المسلم فاشتراه ، فانّ الاقرار يستوجب المنع من التصرف فيه فلا يكون له سبيل ، و يشكـل بـالعلم التـفصيلي ببطلان البيع ، امّا لحرّية العـبد أو لكـفر المشـتري ، و اجـمال السـبب لا يقدح في وجوب العمل بالعلم المذكور ، و مجرّد المنع الظاهري عن التصرف أخذاً بالاقرار لا يوجب انتفاء السبيل واقعاً كـي يـرتفع العـلم التفصيلي كما لا يخفي .

نعم لو كان المنفي هو السبيل الظاهري فلا سبيل عليه حينئذ ، لكنّه خلاف ظاهر الآية الشريفة .

و أشكل من ذلك دعوى صحّة البيع على تقدير كذب الاقرار ، لامكان ادراجه في المعاملة الاستنقاذيّة ، فانّه ثبت في الشريعة صحّة هذا النحو من المعاملة ، فليكن المقام منه ، كما لو اشترى المسلم مسلماً من كافر استرقّه .

اذ فيه أنّ البناء على ذلك مناف لما دلّ من الاجماع و النصوص على عدم صحّة بيع الحر ، و ثبوت ذلك في مورد لدليل لا يسوّغ التعدّي منه الى غيره ، على أنّه غير ثابت ، و المعاملة في المثال المـذكور صـورية لاجل الاستنقاذ ، و البناء على صيرورة المال المذكور فيئاً للمسلمين لو اغتنموه من الكافر لو تمّ لا يوجب كونه ماله شرعاً ، بل يجوز أن يكون لعموم ما دلّ على كون المغتنم للمقاتلة ، فراجع .

٣ ـ ما لو قال الكافر للمسلم : أعتق عبدك عنّي ، بناء على اعتبار ملك المعتق عنه في صحّة العتق ، فانّ انشاء عتق المسلم و ان كان يقتضي ملك الكافر له لكن لمّا كان الملك ملحوقاً بالعتق جرى فيه الكلام المتقدّم في الامر الاوّل ، من أنّ الملكيّة غـير المسـتقرّة ليست مـن السـبيل المـنفي و كذلك ما تستتبعه من السلطنة .

و منه يظهر ضعف ما عن المبسوط و الخلاف من المنع فيه لما ذكر في الاوّل.

كما من ذلك يظهر الاشكال في استيضاح الجواز في الاوّل و التوقّف هنا، على ما يظهر من كلمات شيخنا الاعظم رحمه الله.

نعم لو كان الوجه في صحّة الشراء في الاوّل عدم اعتبار الملكية في مفهوم البيع كما سبق، أمكن التفكيك بينهما في وضوح الجواز و عدمه لحصول الملكيّة في الثاني دون الاوّل، فلاحظ.

٤ ـ ما لو اشترط البائع عتقه، فانّ الجواز محكي عن الدروس و الروضة، فان كان الشرط بنحو شرط النتيجة فهو في محلّه، على ما عرفت في المورد الثالث، و ان كان بنحو شرط الفعل ففيه نظر، لانّ الملكيّة القابلة للاستدامة نوع من السبيل و مجرّد وجوب العتق عملاً بالشرط لايخرجها عن السبيل المنفي، و الاّ تعيّن القول بجواز البيع بلا شرط لوجوب بيعه على غيره.

و لا فرق الاّ في أنّ وجوب العتق مع الشرط من توابع الحقّ الحاصل بالشرط و مع عدم الشرط حكم تكليفي محض، و لا يكون ذلك بفارق بعد الاشتراك في ثبوت الملكيّة المستقرّة لولا الوجوب، فتأمّل جيّداً.

حكم الملك الابتدائي القهري (الارث)

هذا كلّه حكم الملك الابتدائي الجعلي، أمّا الملك الابتدائي القهري، فان كان بالارث فالمعروف فيه الجواز، بل عن جامع المقاصد الاتّفاق عليه، و يقتضيه عموم دليل الارث من دون معارض، لما عرفت من الاشكال في دلالة آية نفي السبيل على عدمه في السبب الاختياري فضلاً عن المقام، و لو تمّت دلالتها على ذلك فقد عرفت أنّها مقدّمة على عموم أدلّة المواريث.

و مقتضى ذلك انتقال الارث الى غير الكافر ممّن كان في طبقته أو في طبقة لاحقة و لو كان الامام عليه السلام ، اذ لا فرق بين عدم وجود الكافر و وجوده الممنوع من الارث ، فكما يجري ما ذكرنا في الاوّل يجرى في الثاني .

و من ذلك يظهر الاشكال في دعوى التعارض بين عموم الارث و آية نفي السبيل و التساقط ، ثمّ الرجوع الى أصالة بقاء الرقيّة ، لما عرفت من أنّ المقام ممّا يتعيّن فيه الترجيح الدلالي الّذي هو مقتضى الجمع العرفى .

مضافاً الى أنّه لا مجال لاستصحاب الرقيّة الاّ بناء على جريان الاستصحاب في القسم الثالث من أقسام استصحاب الكلي ، فانّ الرقيّة للموروث زالت بالموت و الرقيّة المحتمل حدوثها الرقيّة للوارث و الاصل عدمها .

الاّ أن يقال : ثبوت الملكيّة للوارث بعناية كونه قائماً مقام الموروث في نظر العرف ، فتكون ملكيّته عين ملكيّته عرفاً ، و ان كانت وجوداً آخر دقّة ، فتأمّل .

الحاق سائر النواقل القهرية بالارث

هذا ، و اذ عرفت أنّه لا مانع من ارث الكافر للمسلم لعدم دلالة الآية على خلافه ، تعرف أنّه لا فرق بينه و بين غيره من الملك القهري الّذي لم يكن بانشائه و جعله ، سواء أكان بسبب اختياري ، كما لو زوّج أمته من عبده فأسلم فوطأها و انعقد منها الولد ، فانّ الولد محكوم باسلامه و مملوكيّته للمولى الكافر قهراً بسبب التزويج الاختياري أم بسبب قهري ، كما لو وطيء عبده المسلم امته شبهة ، لاشتراك الجميع في عموم دليل الملكيّة من دون معارض .

ثمّ انّك عرفت سابقاً أنّ مقتضى رواية حمّاد المتقدمة المتضمّنة لقوله عليه‌السلام : «اذهبوا فبيعوه من المسلمين و ادفعوا اليه ثمنه و لا تقرّوه عنده» ، بقاء العبد على ملك الكافر ، و أنّ ولاية بيعه لغيره ، فانّه مقتضى اطلاق الامر بالبيع لغيره ، و حمله على صورة عدم اقدام المولى على بيعه لا قرينة عليه .

و من ذلك يضعف القول بأنّ ولاية البيع للمولى فان امتنع وجب اجباره ، اللّهم الاّ أن يدّعى عدم صلاحية الرواية لاثبات ذلك لضعف سندها بالارسال و عدم ثبوت الجابر ، و الآية منصرفة عن مثل السلطنة على البيع المؤدّي الى الخروج عن ملك الكافر ، فتأمّل .

كما يظهر ايضاً ضعف ما عن الايضاح من خروجه عن ملك المولى بمجرّد الاسلام و ان بقي له حق استيفاء الثمن ، اذ الخروج عن ملك المولى مانع من رجوع الثمن في البيع اليه ، اذ الثمن انّما يرجع الى مالك المبيع ، مع أنّ الخروج عن الملك ان كان بمعنى صيرورته حرّاً فكيف يباع و يملكه المشتري ، و ان كان بمعنى صيرورته رقّاً بلا مالك فهو لو كان معقولاً غريب .

امكان جعل الخيار في بيع العبد المسلم

و لو تولّى البيع الحاكم الشرعي أو المولى بناء على جوازه ، فهل يثبت الخيار مطلقاً عملاً بأدلّته و قصور آية نفي السبيل عن شمول الملك كما عرفت ، أو لا مطلقاً بناء على تماميّة دلالتها على نفي الملكيّة ، أو يفصل بين الخيار المستفاد من أدلّة نفي الضرر كخيار الغبن و العيب فيبنى على ثبوته لقوّة أدلّة نفي الضرر على نحو لا تقوى الآية الشريفة على تقييدها و بين غيره فيقيّد بها دليله ، أو يفصل بين أن يكون المتضرّر

المسلم فيبنى على ثبوت الخيار حينئذ و بين غيره و لو تـضرّر الكـافر ، لانّ ضرر الكافر مستند الى كفره الاختياري فلا يكون منفيّاً ، أو يفصل بين أن يقال بأنّ الزائل العائد كالّذي لم يزل ، فيبنى على ثبوت الخيار لأنّـه لا يكون التملّك حدوثيّاً بل بقائيّاً فلا تشمله آيـة نـفي السـبيل ، و بـين القول بأنّه كالّذي لم يعد فلا خيار لأنّه تملّك حدوثي ، وجوه ، و بعضها أقوال .

أقواها الاوّل ، بناء على ما عرفت من عـدم دلالة الآيـة الاّ عـلى نـفي السلطنة ، و لا تدلّ على نفي الملكيّة ، و لو سلّم ذلك تعيّن الثاني .

و أمّا الثالث فوجهه أنّ أدلّة نفي الضرر حاكمة على أدلّة الاحكـام ، و منها دليل نفي السبيل ، و ليس نسبة دليل نفي السبيل الى دليـل نـفي الضرر كنسبته الى أدلّـة الاسباب حتّى يكـون تـقديمه عـليها مـوجباً لتقديمه على دليل نفي الضرر ايضاً ، بل النسبة هنا على العكس ، اذ هو محكوم لادلّة نفي الضرر كغيره من أدلّة الاحكام .

و فيه انّك عرفت أنّ الوجه في تقديم دليل نفي السبيل ، بناء على أنّ المراد منه السلطنة كونه من قبيل دليل العنوان الثانوي ، و القاعدة من قبيل دليل العنوان الاولي ، و الجمع العرفي بينهما يقتضي حمل الاوّل على الحكم الاولي ، و الثاني على الثانوي .

و أمّا الوجه في تقديمه على أدلّة الاسباب ، بناء على أنّ المراد مـن السبيل ما يشمل الملكيّة ، فهو أنّ أدلّة الاسباب لا نظر فيها الى احـراز قابلية المحلّ ، و دليل نفي السبيل ناف للقابلية ، فيعمل بدليل نفي السبيل لنفي القابلية ، و يعمل بدليل السبب على تقدير احراز القابلية بلا تناف بينهما و لا تعارض أصلاً .

و من ذلك تعرف أنّ أدلّة نفي الضرر انّما تصلح للحكومة على أدلّـة

اللزوم فيثبت بها الخيار ، و لا تصلح أن تكون حاكمة على أدلّة نفي السبيل بنحو يثبت بها القابلية ، لانّ شأنها الاثبات لا النفي ، فدليل نفي القابلية بحاله ، و حينئذ لا يجدي نفي اللزوم في صحّة الفسخ و رجوع العبد الى الكافر كما لو يخفى .

عدم الفرق في قاعدة نفي الضرر بين ضرر المسلم و الكافر

ثمّ انّه لو فرض صلاحيّة دليل نفى الضرر للحكومة على دليل نفي السبيل بنحو يثبت به السبيل ، فلا فرق بين ضرر المسلم و الكافر فكون الكفر اختياريّاً لا يقتضي اقدامه على الضرر كي لا يتّجه جريان دليل نفيه ، و مجرّد كون الحكم الضرري ناشئاً من فعل اختياري غير كاف في رفع اليد عن دليل نفي الضرر و لا في حصول الاقدام على الضرر ، اذ الاوّل خلاف اطلاق الدليل ، و الثاني خلاف الوجدان .

و منه يظهر ضعف الوجه المتقدّم للاحتمال الرابع .

و أمّا الاخير ففيه انّه بعد ما فرض الزوال و العود الّذي هو الوجود بعد العدم ، فكونه كالزائل لابدّ أن يكون على نحو التنزيل و الادّعاء لا على نحو الحقيقة و الآكان خلفاً .

فهذا التنزيل ان كان شرعيّاً واقعياً في مقام الثبوت فليس هو الاّ بلحاظ الحكم الّذي هو محلّ الكلام ، أعني جواز الفسخ و عدمه و لزم اتّحاد المبنى و المبتني عليه ، و ان كان ظاهريّاً في مقام الاثبات فمرجعه الى أنّ المفهوم من آية نفي السبيل هل السبيل الحادث بسبب جديد ، أو مطلق الحادث ، و هذا و ان كان مبنى الخلاف في المسألة الاّ أنّه لا يحسن التعبير عنه بمثل العبارة المذكورة الظاهرة في كونها خلافية مستقلة ، فلاحظ .

لو بني على سقوط خيار العيب

ثمّ انّه لو بني على سقوط خيار العـيب ، فـهل يـثبت الارش فـيجوز الرجوع به أو لا ، وجهان مبنيّان على اطلاق دليل ثبوته لمثل المقام ممّا تعذّر فيه الردّ لمانع من قبل الرادّ لا لمانع في العين، و عدمه .

هذا ، و قد احتمل في القواعـد الرجـوع بـالقيمة لو تـحقّق الفسـخ ، و وجّهه شيخنا الاعظم رحمه الله بأنّ فيه الجمع بين أدلّة الخيار و نفي السبيل ، ثمّ قال رحمه الله : «و هو حسن ان لم يحصل السبيل بمجرّد استحقاق الكافر للمسلم المنكشف باستحقاق بدله ـ انتهى ».

و قد يشكل بأنّ المفروض امتناع ملكه الفعلي ، و لذا بني على الرجوع الى البدل ، فلم يبق الاّ الملك التقديري الاقـتضائي لتـصحيح البـدلية ، و مثله ليس من السبيل المنفي .

كما يشكل ايضاً توجيهه بأنّ الجمع بما ذكر لا دليل عليه ، اذ الرجوع الى البدل انّما يكون مع التلف عقلا أو شرعاً أو عرفاً ، و ليس المقام منه ، اذ لا قصور في العين و لو عرفاً ، و انّما القصور في المالك و الحاقه بالتلف محتاج الى دليل ، فلاحظ و تأمّل .

حرمة بيع المصحف من الكافر

المشهور كما قيل عدم جواز نقل المصحف الى الكافر كما صرّح بذلك جماعة ، و استدلّ له بوجوب احترام المصحف ، و فحوى المنع من بيع العبد المسلم على الكافر ، لكن وجوب الاحترام زائداً على ترك المهانة لا دليل عليه فضلاً عن المرتبة الخاصّة الّتي ينافيها البيع ، مع أنّ مجرّد المنافاة للواجب لا يقتضي الفساد .

و من ذلك يظهر أنّه لو فرض كون البيع مهانة على المصحف الشريف كان حراماً تكليفاً لحرمة المهانة جزماً لا أنّه حرام وضعاً ، الاّ بناء على أنّ النهي يقتضي الفساد ، مع أنّ في كونه مهانة اشكالاً بل منعاً .

و أمّا الفحوى المدّعاة فغير ظاهرة ، لعدم وضوح المناط الموجب للتكليف ، بعد أن عرفت العمدة في بطلان بيع العبد المسلم على الكافر الاجماع .

نعم لو علم مماسّة الكافر للمصحف اقتضى ذلك حرمة تسليمه اليه ، فيبطل البيع لعدم القدرة على التسليم ، و كأنّ الوجه في استحسان شيخنا الاعظم ﵀ للمنع كونه المطابق للمرتكزات الشرعية ، و لكن لم تثبت بنحو يصحّ الاعتماد عليها ، فلاحظ ، و اللّه سبحانه العالم .

الكلام في شرائط العوضين
الشرط الاول : اعتبار المالية في العوضين

قد عرفت سابقاً أنّ البيع من سنخ المعاوضات الماليّة ، و أنّه مبادلة مال بمال ، فلا بدّ فيه من أن يكون كلّ من العوضين مالاً .

و المالية اعتبار عقلائي ناشيء عن كون الشيء موضوعاً لغرض موجب لحدوث رغبة الناس فيه على نحو يتنافسون فيه ، و يتسابقون اليه ، و يتنازعون عليه ، سواء أكان ذلك لدفع ضروراتهم الاوّلية كالاقوات اللازمة ، أم العرضية كالادوية و العقاقير ، أم لتحصيل اللّذة كبعض الفواكه و الاشربة ، و لا يحصل التنافس بمجرّد ذلك ، بل لابدّ فيه من عزّة الوجود ، فالماء في الشاطيء ليس مالاً ، و كذا الحطب في الغابات ، و الرمل في بعض الصحارى .

كما لا يعتبر تعلّق الغرض النوعي به ، فقد يكون الغرض لواحد مؤدياً الى ذلك ، كما لو تعلّق غرض الملك بالرماد فأعلن بأنّه يعوّض عن صاع منه بدرهم ، صار الرماد مالاً و قيمة الصاع منه درهماً بعد أن لم يكن كذلك .

كما أنّ الحاجة قد تكون الهيّة ، و قد تكون بجعل جاعل ، كما لو قرّر السلطان أن لا يأذن في السفر لاحد ، و لا يسمع دعوى لمدّع الاّ لمن كان عنده شيء ، كذا ممّا لا يكون موضع حاجة في نفسه ، فانّه بمجرّد ذلك يصير ذلك الشيء مالاً بعد أن لم يكن لحدوث الحاجة النوعية اليه بتوسط جعل السلطان .

و لاجل ذلك صارت الطوابع المتعارفة في عصرنا مالاً ، و كذا الاوراق النقدية المسمّاة بالنوت ، فالمالية في جميع هذه الامور ليست أمراً حقيقيّاً و انّما هي صفة اعتبارية منتزعة من الاسباب المؤديّة الى التنافس في الشيء و لو كانت بجعل جاعل .

كما أنّه يمكن الغاء المالية من المال بجعل الجاعل اذا كان الجعل مؤديّاً الى رفع التنافس عليه ، سواءاً كان الجعل ارشاديّاً كما لو نهى الطبيب عن استعمال بعض المأكولات اذا كان بحيث يوثق بارشاده ، فانّه يسقط عن المالية ، أم مولويّاً كما لو نهى السلطان عن اتّخاذ آلات السلاح على نحو أدّى الخوف منه الى القائها في الطرق و الصحارى ، و كذا نهي الشارع الاقدس عن الخمر و الخنزير اذا أدّى الى ذلك ، أمّا اذا لم يؤدّ اليه لقلّة المبالات بنهي الشارع كما في بعض الازمنة و الامكنة ، لم يكن ذلك موجباً لالغاء المالية أصلاً .

نعم للشارع الغاؤها حكماً بأن يحكم ببطلان بيع المال و عدم ضمانه بالاتلاف أو اليد و نحو ذلك من الاحكام ، فذلك الغاء للمالية تنزيلاً لا حقيقة .

عدم اعتبار الملكية في العوضين

و كيف كان فما ليس بمال لا يمكن بيعه ، لما عرفت من اعتبار المالية في قوامه ، و لا حاجة في الاستدلال على بطلان بيعه الى قوله صلّى الله عليه وآله : «لا بيع الاّ في ملك»[1] ، بل يشكل الاستدلال به عليه ، اذ الملكيّة غير المالية ، فانّ المعادن و نحوه من المباحات الاصلية أموال و ليست باملاك ، كما أنّ مثل الاناء المكسور ملك و ليس بمال .

---

١ ـ كنز العمال ٩: ٦٤١، الرقم : ٢٧٧٧٩.

نعم الحديث الشريف دالّ على اعتبار الملكية في البيع ، لكن ظاهره لا يخلو من اشكال ، اذ لا ريب في جـواز بـيع الكـليّات الذمـية ، و نـعم الصدقة ، و آلات الوقف ، و نماء وقف المشاهد و المعابد ، و نحو ذلك ممّا له مصرف بعينه و ليس ملكاً لمالك ، فحمله على ارادة بيان اعـتبار السلطنة في البيع و أنّه لا يصحّ بيع ما ليس للبائع أولى مـن البـناء عـلى تخصيصه كما لا يخفى .

و من ذلك يظهر أنّه لا تعتبر الملكية في صحّة البـيع و ان ذكـره فـي الشرائع و غيرها ، و فرّع عليه عدم جواز بيع الحرّ و مـا لا مـنفعة فـيه ، و المباحات الاصلية كالكلاء و الماء و الوحوش و السموك ، و اسـتدلّ عليه في الجواهر بالاجماع بقسميه عليه ، و بالنصوص الواضحة الدلالة و بالمرسل المتقدم ، انتهى .

اذ المرسل قد عرفت حاله ، و النصوص غير ظاهرة ، و كذا الاجماع ، و عدم جواز بيع الحرّ و ما لا منفعة فيه لفقد المالية ، و عـدم صـحة مـا يشترك فيه الناس من المباحات بالاصل مثل الماء و الكلاء و السـموك و الوحوش قبل حيازتها لعدم السلطنة ، فلو كان البائع من له الولاية على بيعها منه و كانت ملكاً للمشتري و خرجت عن الاباحة الاصلية ، فاعتبار الملكيّة في البيع لا دليل عليه .

و لو سلّم لم يكف ذلك في عدم جواز بيع الارض المفتوحة عنوة ، بل لابدّ في الاحتراز عنه من اعتبار الملكيّة على نحو لا يشمل نحو مـلكيّة الارض المفتوحة عنوة ، و الاّ فهي مملوكة .

هذا ، و حيث انجرّ الكلام الى ذكر الارض الخراجية ، فينبغي التعرّض لاقسام الارض و أحكامها في الجملة .

الكلام في أحكام الاراضى

الارض امّا موات أو عامرة ، و كلّ منهما امّا هي كـذلك بـالاصل أو بالعارض ، فالاقسام أربعة .

١ ـ ما يكون مواتاً بالاصالة

الموات بالاصل بأن لم يكـن مـوتها مسـبوقاً بـعمارة ، و الظـاهر أنّـه لااشكال عندهم في أنّها من الانفال ، و فى الجواهـر الاجـماع بـقسميه عليه .

و يقتضيه جملة من النـصوص المـتضمّنة أنّ مـن الانـفال كـلّ أرض خربة ، كمصحّح حفص [١] ، و موثق سماعة [٢] ، و مـصحّح ابـن مسـلم [٣] ، و خبر الشحام [٤] و غيرها [٥] .

---

١ ـ عن حفص بن البختري ، عن أبي عبدالله عليه السلام قال : الانفال ما لم يوجف عليه بخيل و لا ركاب ، أو قوم صالحوا ، أو قوم أعطوا بأيديهم ، و كلّ أرض خربة و بطون الاودية ، فـهو لرسول اللّه ، و هو للامام من بعده يضعه حيث يشاء (الكافي ١:٤٥٣، عنه الوسائل ٩:٥٢٣).

٢ ـ عن سماعة بن مهران قال : سألته عن الانفال ؟ فقال : كل أرض خربة أو شيء يكون للملوك فهو خالص للامام و ليس للناس فيها سهم (التهذيب ٤:١٣٣، عنه الوسائل ٩:٥٢٦).

حماد بن عيسى ، عن بعض أصحابنا ، عن العبد الصالح عليه السلام في حديث : و الانفال كل أرض خربة قد باد اهلها ـ الحديث (الكافي ١:٤٥٣، عنه الوسائل ٩:٥٢٤).

٣ ـ عن محمد بن مسلم ، عن أبي جعفر عليه السلام قال : سمعته يقول : الفيء و الانفال ما كان من أرض لم يكن فيها هراقة الدماء ، و قوم صولحوا و أعطوا بأيديهم ، و ما كان من أرض خربة أو بطون أودية فهو كلّه من الفيء ـ الحديث ، (التهذيب ٤:١٣٤، عنه الوسائل ٩:٥٢٧).

٤ ـ عن ابي اسامة زيد ، عن أبي عبدالله عليه السلام قال : سألته عن الانفال ؟ فقال : هو كلّ أرض

و المصرّح به في كلامهم أنّها تملك بالاحياء مع الاذن لا بدونه، و عن جماعة كثيرة الاجماع على ذلك نفياً و اثباتاً، و هل يملكها الكافر بالاحياء أم لا قولان، بل ظاهر محكي التذكرة الاجماع على اعتبار الاسلام في الملك بالاحياء، قال: «و لا يملكها الكافر بالاحياء و لا يأذن الامام له في الاحياء، فان أذن الامام له فأحياها لم يملك عند علمائنا»، و نحوه ما عن جامع المقاصد، لكن قال بعد ذلك: «لو أذن له بالتملّك قطعنا بحصول الملك، و انّما البحث في أنّ الامام هل يفعل ذلك، نظراً الى أنّ الكافر أهل أم لا، و الّذي يفهم من الاخبار و كلام الاصحاب العدم ـ انتهى».

و فى الجواهر استغرب دعوى الاجماع بتحقّق الخلاف في صريح المبسوط و الخلاف و السرائر و الجامع و ظاهر المهذب و المنافع و اللمعة.

كما استغرب ايضاً دعوى أنّه المفهوم من الاحياء، مع أنّ اخبار التملّك بالاحياء بعضها مطلق شامل للكافر و بعضها مختصّ به،

← خربة، و كل أرض لم يوجف عليها بخيل و لا ركاب (تفسير العياشى ٢:٤٨، عنه الوسائل ٩:٥٣٣).

٥ ـ عن اسحاق بن عمار قال: سألت أبا عبدالله عليه‌السلام عن الانفال، فقال: هي القري التي قد خربت و انجلي اهلها فهي لله و للرسول، و ما كان للملوك فهو للامام ـ الى أن قال: ـ و كل أرض لا رب لها ـ الحديث (تفسير القمي ١:٢٥٤، عنه الوسائل ٩:٥٣١).

عن أبي بصير عن أبي جعفر عليه‌السلام قال: لنا الانفال، قلت: و ما الانفال؟ قال: منها المعادن و الاجام، و كل أرض لا رب لها، و كل أرض باد اهلها فهو لنا (تفسير العياشي ٢:٤٨، عنه الوسائل ٩:٥٣٣).

كصحيحي محمد بن مسلم [١] و أبي بصير [٢] الواردين في شراء الارض من أهل الذمة، و خبر زرارة: «لا بأس بأن يشتري أرض أهل الذمة اذا عملوها و أحيوها، فهي لهم» [٣].

نعم في المرسل عن النبي صلى الله عليه و آله: «موتان الارض للّه تعالى و لرسوله صلى الله عليه و آله ثمّ هي لكم منّي أيّها المسلمون» [٤]، لكنّه ضعيف السند، و في صحيح الكابلي: «من أحيى أرضاً من المسلمين فليعمرها ـ الخ» [٥]، لكنّه ليس بنحو يقاوم صريح النصوص المتقدّمة، فليحمل على بعض المحامل.

---

١ ـ عن محمد بن مسلم قال: سألته عن الشراء من أرض اليهود و النصارى، قال: ليس به بأس ـ الى أن قال: ـ و أيما قوم أحيوا شيئاً من الارض أو عملوه فهم أحق بها و هي لهم (التهذيب ١٤٨:٧، الاستبصار ١١٠:٣، عنهما الوسائل ٤١١:٢٥).

٢ ـ عن أبي بصير، قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن شراء الارضين من أهل الذمة، فقال: لا بأس بأن يشتريها منهم اذا عملوها و أحيوها، فهي لهم ـ الحديث (التهذيب ١٤٨:٧، الاستبصار ١١٠:٣، عنهما الوسائل ٤١٦:٢٥).

٣ ـ الكافي ٢٨٢:٥، عنه الوسائل ٣٦٨:١٧.

٤ ـ عن النبي صلى الله عليه و آله مرسلاً انه قال: موتان الارض لله و رسوله، فمن أحيا منها شيئاً فهو له (عوالى اللئالي ٤٨٠:٣، عنه المستدرك ١١١:١٧).

عن النبي صلى الله عليه و آله مرسلاً انه قال: عادي الارض لله و لرسوله، ثم هي لكم مني، فمن أحيا مواتاً فهي له (عوالى اللئالي ٤٤:١، عنه المستدرك ١١٢:١٧).

العادي: القديم (مجمع البحرين ٢٧٨:١).

٥ ـ عن أبي خالد الكابلي عن أبي جعفر عليه السلام قال: وجدنا في كتاب علي عليه السلام: ان الارض لله يورثها من يشاء من عباده و العاقبة للمتقين، انا و اهل بيتي الذين أورثنا الارض، و نحن المتقون، و الارض كلها لنا، فمن أحيي أرضاً من المسلمين فليعمرها و ليؤد خراجها الى الامام من اهل بيتي و له ما اكل منها (الكافي ٢٧٨:٥، التهذيب ١٥٢:٧، عنهما الوسائل ٤١٤:٢٥).

هذا ، و الظاهر من النصّ و الفتوى أنّ الملك بلا عوض ، و عن فوائد الشرائع للكركي احتمال العوض ، لأنه ملك الغير و لا يباح مجّاناً .

و فيه انّ الاصل في مال الغير أن لا يباح مطلقاً و لو بعوض ، و كما تعيّن الخروج عنه بالدليل الدالّ على الاباحة ، تعيّن الخروج عنه بالدليل على المجانية .

نعم في صحيح الكابلي و عمر بن يزيد[١] ما يدلّ على وجوب دفع الطسق ، و ظاهرهما و لا سيّما الاوّل منهما عدم الملك بالاحياء الّذي هو خلاف ظاهر النصّ و الفتوى ، و لا سيّما ما تضمّن أنّ عليه الصدقة ، فلا مجال للركون اليهما ، و لا سيّما مع ما فيهما من اشكال ايصال الطسق الى الامام في حال الغيبة ، فايكال تعيين المراد منهما الى قائلهما عليه السلام متعيّن.

٢ ـ أن تكون معمورة بالاصالة

استظهر شيخنا الاعظم رحمه الله أنّه للامام عليه السلام ، بل استظهر ذلك ممّا ذكره الاصحاب من قولهم : و كلّ أرض لم يجر عليها ملك مسلم فهي للامام ، ذكر ذلك في الشرائع و القواعد و غيرهما ، و في مفتاح الكرامة : «طفحت به عباراتهم ، و في التذكرة الاجماع عليه ـ انتهي» ، و في الجواهر : «لا خلاف أجده فيه ـ انتهى» .

---

١ ـ عن عمر بن يزيد قال : سمعت رجلاً من أهل الجبل يسأل أبا عبدالله عليه السلام عن رجل أخذ أرضاً مواتاً تركها أهلها فعمرها و كري انهارها و بني بيوتاً و غرس فيها نخلاً و شجراً ، قال : فقال أبو عبدالله عليه السلام : كان أمير المؤمنين عليه السلام يقول: من أحيا أرضاً من المؤمنين فهي له ، و عليه طسقها يؤديه الى الامام عليه السلام في حال الهدنة ، فاذا ظهر القائم عليه السلام فليوطنّ نفسه على أن تؤخذ منه ـ الحديث (التهذيب ٤:١٤٥، عنه الوسائل ٩:٥٤٩).

نعم في الجواهر في مبحث الانفال استشكل في كون هذا القسم من الارض للامام، مستظهراً من ظاهر كلامهم خلافه، و شيخنا الاعظم رحمه الله في رسالة الخمس استظهر من الاصحاب تقييد النصوص المتضمّنة أنّ الارض الّتي لا ربّ لها للامام بما تضمّن أنّ الميتة أو الخربة للامام.

و كيف كان، فالّذي يدلّ على أنّها للامام مصحّح اسحاق بن عمار المروي عن تفسير القمي، حيث عدّ فيه من الانفال الّتي للامام: «كلّ أرض لا ربّ لها»[١] الشامل للعامرة، و نحوه خبر أبي بصير المروي عن تفسير العياشي[٢].

و يعارضهما ما في مرسلة حماد[٣]، حيث عدّ في جملة الانفال الارض الميتة الّتي لا ربّ لها، فانّ تقييد الارض بالميتة في مقام الحصر يدلّ بالمفهوم على أنّ المعمورة ليست للامام، و حمل القيد على الغالب لانّ الغالب في الارض الّتي لا مالك لها كونها مواتاً ليس بأولى من حمل المطلق على الغالب، بل الثاني أولى، لانّ التصرّف بالمطلق أهون من التصرّف بالمقيّد، مضافاً الى أنّ الميتة لم تؤخذ قيداً لما لا ربّ لها، و انّما اخذت قيداً للارض، فلاحظ.

---

١ ـ عن اسحاق بن عمار قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الانفال، فقال: هي القري التي قد خربت و انجلي اهلها فهي لله و للرسول، و ما كان للملوك فهو للامام ـ الى أن قال: ـ و كل أرض لا رب لها ـ الحديث (تفسير القمي ١: ٢٥٤، عنه الوسائل ٩: ٥٣١).

٢ ـ عن أبي بصير عن أبي جعفر عليه السلام قال: لنا الانفال، قلت: و ما الانفال؟ قال: منها المعادن و الاجام، و كل أرض لا رب لها، و كل أرض باد اهلها فهو لنا (تفسير العياشي ٢: ٤٨، عنه الوسائل ٩: ٥٣٣).

٣ ـ حماد بن عيسى، عن بعض أصحابنا، عن العبد الصالح عليه السلام في حديث: و الانفال كل أرض خربة قد باد اهلها ... و له رؤوس الجبال و بطون الاودية و الاجام، و كلّ أرض ميتة لا ربّ لها ـ الحديث (الكافي ١: ٤٥٣، عنه الوسائل ٩: ٥٢٤).

و بالجملة الاخذ باطلاق المصحّح المتقدّم غير ظاهر ، و لا سيّما مع ما عرفت من ظهور كلماتهم في خلافه ، و الكلية المذكورة في كلامهم في كتاب الاحياء غير ظاهرة المأخذ ، و ليس بناؤهم على الاخذ بها ، فانّ مقتضاها أنّ جميع أراضي الكفار للامام ، سواء أكانت في دار الحرب أم دار الاسلام ، و هو خلاف النص و الفتوى ، فلاحظ .

ثمّ انّه لو بني على أنّها للامام ، فلاجل أنّها محياة لا معنى لملكها بالاحياء ، و هل تملك بالحيازة اشكال ، و النبوي : «من سبق الى ما لم يسبق اليه مسلم فهو أحقّ به»[1] ، غير صالح لاثبات ذلك ، اذ الحقّ أعمّ من الملك ، مع أنّه وارد في مقام منع غير السابق من مزاحمته ، بقرينة التعبير بصيغة التفضيل .

مضافاً الى اختصاصه بما يجوز السبق اليه ، فلا يشمل السبق الى مال الغير بغير اذنه ، و منه مال الامام فيما نحن فيه ، و أمّا نصوص التحليل[2] فمع أنّها مختصّة بالشيعة غير ظاهرة في الملك ، فتأمّل .

---

١ ـ عن النبي صلى الله عليه وآله انه قال : من سبق الى ما لا يسبقه اليه المسلم فهو أحق به (عوالى اللئالي ٣: ٤٨٠، عنه المستدرك ١٧: ١١١).

٢ ـ عن مسمع بن عبدالملك ـ في حديث ـ قال : قلت لابي عبدالله عليه السلام : اني كنت وليت الغوص فاصبت اربعمائة الف درهم ، و قد جئت بخمسها ثمانين ألف درهم ، و كرهت أن أحبسها عنك و أعرض لها ، و هي حقك الذي جعل الله تعالى لك في أموالنا . فقال : و ما لنا من الارض و ما أخرج الله منها الا الخمس ، يا ابا سيار الارض كلها لنا ، فما أخرج الله منها من شيء فهو لنا، قال : قلت له : أنا أحمل اليك المال كله ؟ فقال لي : يا أبا سيار قد طيبناه لك و حللناك منه فضم اليك مالك ، و كل ما كان في أيدي شيعتنا من الارض فهم فيه محللون و محلل لهم ذلك الى أن يقوم قائمنا فيجبهم طسق ما كان في ايدي سواهم ، فان كسبهم من الارض حرام عليهم حتّى يقوم قائمنا فيأخذ الارض من أيديهم و يخرجهم منها صغرة (التهذيب ٤: ١٤٤، الكافي ١: ٣٣٧، عنهما الوسائل ٩: ٥٤٨).

٣ ـ ما عرض له الحياة بعد الموات

ما يكون عامراً بعد أن كان ميتاً ، فان كانت العمارة بسبب سماوي فهو ملك الامام قطعاً ، و يقتضيه الاصل و الادلّة المتقدّمة في القسم الثاني لو تمّت ، و ان كان بالاحياء فالمعروف المدّعى عليه الاجماع في كلام جماعة أنّها ملك المحيي .

نعم قد تشعر عبارة جماعة بالاولويّة دون الملك ، فعن المبسوط : «اذا حجر أرضاً و باعها لم يصحّ بيعها ، و من النّاس من قال : يصحّ ، و هو شاذّ ، فامّا عندنا فلا يصحّ بيعه ، لأنّه لا يملك رقبة الارض بالاحياء و انّما يملك التصرف ـ الخ » ، و نحوه عن المهذّب و السرائر ، لكن الظاهر أنّ مرادهم بالاحياء التحجير ، و لا سيّما بملاحظة تصريحهم بالملك بالاحياء في كثير من المواضع في كتبهم ، فلاحظ .

و هو الّذي يقتضيه ظاهر النصوص الصحيحة المتضمّنة : أنّ من أحيى مواتاً فهو له [١] ، لظهور اللام في الملك ، مضافاً الى النصوص المتضمّنة لجواز الشراء من المحيي ، معلّلاً له بأنّها بالاحياء صارت له ، و حمل اللام على الاختصاص و الشراء على شراء الحق لا مقتضي له .

---

١ ـ عن عمر بن يزيد قال : سمعت رجلاً من أهل الجبل يسأل أبا عبدالله عليه‌السلام عن رجل أخذ أرضاً مواتاً تركها أهلها فعمرها و كري انهارها و بني بيوتاً و غرس فيها نخلاً و شجراً ، قال : فقال أبو عبدالله عليه‌السلام : كان أمير المؤمنين عليه‌السلام يقول: من أحيا أرضاً من المؤمنين فهي له ، و عليه طسقها يؤديه الى الامام عليه‌السلام في حال الهدنة ، فاذا ظهر القائم عليه‌السلام فليوطنّ نفسه على أن تؤخذ منه ـ الحديث (التهذيب ٤:١٤٥، عنه الوسائل ٩:٥٤٩).

عن النبي صلى‌الله‌عليه‌وآله مرسلاً انه قال : عادي الارض لله و لرسوله ، ثم هي لكم مني ، فمن أحيا مواتاً فهي له (عوالى اللئالي ١:٤٤، عنه المستدرك ١٧:١١٢).

نعم ظاهر صحيح الكابلي و عمر بن يزيد المتضمّنين لوجوب الخراج عليه و دفعه الى الامام عدم الملك ، لكن قد عـرفت وجـوب التـصرف فيهما بنحو لا ينافي المجّانية .

۴ ـ ما عرض له الموت بعد الحياة

ما عرض له الموت بعد العمارة ، فان كانت العمارة سماوية فهي ملك الامام ، لعموم ما دلّ على أنّ الميتة للامام ، و مقتضاه دخولها في ملك الامام بعد أن لم تكن ، بناء على أنّ العامرة بالاصل من المباحات الاصلية ، و ان كانت العمارة من معمّر ففي خروجها عن ملكه بالموت قولان .

يظهر أوّلهما ممّا في المسالك تبعاً لما في التذكرة ، من الاستدلال على كونها ملكاً للمحيي الثاني بأنّ الارض أصلها مباح ، فاذا تركها الاوّل حتّى عادت الى ما كانت عليه صارت مباحة ، و لانّ العلّة في تملّك هذه الارض الاحياء و العمارة ، فاذا زالا زالت العلّة فيزول المعلول و هو الملك .

لكن في كلا الوجهين ما لا يخفى ، اذ المستفاد من الادلّة أنّ حدوث الاحياء علّة لحدوث الملك و لم يثبت أنّ بقاءه علّة بقائه ، فيتعيّن الرجوع الى دليل آخر من استصحاب أو غيره .

و مثله في الاشكال الاستدلال عليه بما دلّ على أنّ : موتان الارض للّه و لرسوله ، لتقييد ذلك بما دلّ على التقييد بما لا ربّ لها ، كما عرفت نظيره آنفاً .

و عليه فما يستدلّ به للقول الثاني من الاستصحاب محكّم .

ثمّ انّه لو أحياها آخر فهل تكون له أو للاوّل ، قولان ، ذهب في التذكرة

الى الاوّل، و تبعه عليه جماعة لصحيح معاوية بن وهب: سمعت أبا عبد اللّه عليه السلام يقول: «أيّما رجل أتى خربة بائرة فاستخرجها و كرى أنهارها و عمرها، فانّ عليه الصدقة، فان كانت أرضاً لرجل قبله فغاب عنها و تركها فأخربها ثمّ جاء بعد يطلبها، فانّ الارض للّه و لمن عمرها»[1].

و صحيح الكابلي عن أبي جعفر عليه السلام: «وجدنا في كتاب علي عليه السلام - الى أن قال -: و الارض كلّها لنا، فمن أحيى أرضاً من المسلمين فليعمّرها و ليؤدّ خراجها الى الامام من أهل بيتي، و له ما أكل منها، فان تركها و أخربها فأخذها رجل من المسلمين بعده فعمرها و أحياها فهو أحقّ بها من الّذي تركها، فليؤدّ خراجها الى الامام من أهل بيتي - الحديث»[2].

نعم يعارضهما الصحيح على الظاهر لسليمان بن خالد قال: سألت أبا عبد اللّه عليه السلام عن رجل يأتي الارض الخربة فيستخرجها و يجري أنهارها و يعمرها و يزرعها ماذا عليه؟ قال: «الصدقة، قلت: فان كان يعرف صاحبها، قال عليه السلام: فليؤدّ اليه حقّه»[3]، و نحوه صحيح الحلبي[4] المرويّ في الوسائل، فانّ الحقّ الّذي أمر عليه السلام بادائه امّا الارض أو اجرتها.

و كيف كان، يدلّ على بقائها على ملك الاوّل الّذي قال به جماعة من

---

١ - الكافي ٥: ٢٧٩، التهذيب ٧: ١٥٢، عنهما الوسائل ٢٥: ٤١٤.

٢ - الكافي ٥: ٢٧٨، التهذيب ٧: ١٥٢، عنهما الوسائل ٢٥: ٤١٤.

٣ - التهذيب ٧: ١٤٨ و ٢٠١، عنهما الوسائل ٢٥: ٤١٥.

٤ - عن الحلبي: عن الرجل يأتي الارض الخربة الميتة فيستخرجها و يجري أنهارها و يعمرها و يزرعها ماذا عليه فيها؟ قال: الصدقة، قلت: فان كان يعرف صاحبها، قال: فليرد اليه حقّه. (التهذيب ٧: ١٥٥، عنه الوسائل ٢٥: ٤٢٦).

القدماء و المتأخرين، منهم المبسوط و المهذب و السرائر و الجامع و التحرير و الدروس و جامع المقاصد.

لكن يمكن الجمع بين النصوص، بأنّ صحيح الكابلي يختصّ مورده بملك الاوّل بالاحياء، و صحيح سليمان و الحلبي مطلقان، و لما بينهما من التنافي يحملان على غير مورد صحيح الكابلي، أعني صورة ما اذ ملك الاوّل كان بغير الاحياء.

و حينئذ يدور الامر بين الاخذ بهما في هذا المورد فيحمل صحيح معاوية على غيره، أعني مورد صحيح الكابلي، و بين طرحهما بالكليّة و الاخذ باطلاق صحيح معاوية، و حيث دار الامر بين الطرح و التخصيص كان الثاني متعيّناً، لأنّه أولى من الطرح، و هذا نحو من الجمع العرفي كما حقّق في محلّه، و عليه يتّجه القول الاوّل.

و يحتمل في الجمع حمل ما في صحيح معاوية من قوله عليه السلام: «و لمن عمرها»، على أنّه لبيان الاحقّية الفعليّة، فلا ينافي استحقاق المالك الاوّل للاجرة المحمول عليها الحقّ في الصحيحين الاخيرين، و عليه يتّجه القول الثاني.

و يحتمل ايضاً في الجمع حمل الصحيح الاوّل على صورة ما اذا كان الخراب مستنداً الى اهمال المالك للارض و ترك المزاولة لها كما هو صريح مورده، و حمل الاخيرين على غير ذلك لاطلاقهما الشامل للصورتين، فيحمل المطلق على المقيّد، و حينئذ يتّجه التفصيل بين أن يكون الموت عن اهمال المالك فتنتقل للثاني، و غيره فهي على ملك الاوّل.

و يتوجّه على الاخير أنّ المراد ان كان التفصيل بين الاهمال الاختياري و غير الاختياري، فلا يظهر ذلك من الشرطية، لعموم الترك و الاضراب

المذكورين في الشرط الاختياري و الاضطراري ، و ان كان المراد التفصيل بين الخراب المستند الى الاهمال الاعمّ من الاختياري و غيره ، و المستند الى غير الاهمال من الاسباب السماوية ، فهو و ان كان يظهر من الشرطيّة بدواً لكنّ الظاهر أنّه ذكر تمهيداً لفرض الاحياء من اللاحق ، لانّ الخراب السماوي يمتنع فيه الاحياء الثاني غالباً .

و من ذلك يظهر اشكال ما ربّما يتوهّم من أنّ الجمع المذكور مقتضى مفهوم الشرطية المذكورة في كلام الامام عليه‌السلام ، فضلاً عن كونه مقتضى الجمع بين المطلق و المقيّد ، و أبعد منه الوجه الثاني ، فانّه تصرّف في الدليلين بلا شاهد ، لظهور الحقّ في الصحيحين الاخيرين في نفس العين ، فالمتعيّن الاوّل ، فلاحظ .

التمسك بعموم مملّكية الاحياء

ثمّ انّ الظاهر أنّه لا مانع من التمسك بعموم مملّكية الاحياء لاثبات ملك الثاني ، فيكون مقدّماً على استصحاب ملكيّة الاوّل ، و القطع بتخصيصه في ملك الغير في غير محلّه ، كيف و الموات كلّها ملك للامام .

نعم ثبت تخصيصه في موات العامرة المفتوحة عنوة بالاجماع المدّعى في كلام جماعة ، أو في مطلق ما يكون مملوكاً بغير الاحياء ، لعدم الخلاف المدّعى في التذكرة ، فيقتصر في الخروج عنه على المتيقّن و يرجع في غيره اليه .

و دعوى امتناع عمومه للملك بالاحياء ، لامتناع أخذ الحكم قيداً في موضوعه ، مندفعة بما ذكر في نظائره .

و أشكل من ذلك دعوى ظهور العموم المذكور في الملكيّة المستمرّة ، فيمتنع انطباقه بلحاظ احياء الثاني لتنافي التطبيقين ،

و مقتضى ذلك عقلاً و ان كان عدم انطباقه على واحد منهما لأنه ترجيح من غير مرجّح الاّ أنّ العرف يبني على تطبيقه على الاوّل ، و يكون كأنّه رافع لموضوع الثاني اجراء منه لحكم المانع على الضد ، فيمتنع التطبيق الثاني بعينه .

وجه الاشكال أنّ المستفاد من دليل السببيّة في المقام أنّ المـجعول صرف الملكيّة ، و كذا في عناوين العقود و الايقاعات المجعولة بالعقد و الايقاع ، كما أشرنا الى ذلك في مبحث المعاطاة .

ثمّ القسم الثالث امّا أن تكون العمارة من مسلم أو من كافر ، ففي الاوّل يملكه المعمّر على مـا عـرفت ، و لا يـزول مـلكه الاّ بـناقل أو بـطروء الخراب ، بناء على ما عرفت من ظاهر بعض ، أو بطروء العمران من معمّر على أحد القولين السابقين ، و كذلك في الثاني بـناء عـلى عـدم اعـتبار الاسلام في الملك بالاحياء ، أمّا بناء على اعتباره فهي باقية على مـلك الامام عليه السلام .

الكلام في بيع الاراضي المفتوحة عنوة

هذا اذا كانت في دار الاسلام ، أمّا لو كانت في دار الكفر فأصلها للامام و بالاحياء صارت للمحيي على ما عرفت ، و يزول ملكه عنها بما يزول به ملك المسـلم ، و بـاغتنام المسـلمين لهـا كسـائر أمـوالهـم المـغتنمة ، فالمنقول ملك للمقاتلين خاصّة ، و غيره من الارض و الشجر و البناء ملك لعامّة المسلمين من وجد و من سيوجد ، اجماعاً حكاه جماعة كـثيرة ، و في الجواهر انّه محصل .

و تدلّ عليه النصوص المستفيضة ، كصحيح محمد الحلبي : سئل أبو عبد اللّه عليه السلام عن السواد ما منزلته ؟ قال : «هو لجميع المسلمين، لمن هو

اليوم و لمن يدخل في الاسلام بعد اليوم و ان لم يـخلق بـعد ، فـقلت : الشراء من الدهاقين ؟ قال عليه السلام : لا يصلح الاّ أن يشتري منهم عـلى أن يصيرها للمسلمين ، فاذا شاء وليّ الامر أن يأخذها أخذها ، قلت : فان أخذها منه ، قال عليه السلام : يردّ عليه رأس ماله و له ما أكل من غـلّتها بـما عمل»[١].

و الصحيح عن أبي بردة ، قلت لابي عبد اللّه عليه السلام :كيف ترى في شراء أرض الخراج ؟ قال عليه السلام : « من يبيع ذلك و هي أرض المسلمين؟ قلت : يبيعها الّذي هي في يده ، قال عليه السلام : يصنع بخراج المسلمين ماذا ؟ ثمّ قال عليه السلام : لا بأس اشتر حقّه منها و يحول حقّ المسلمين عليه ، و لعلّه يكون أقوى عليها و أملى بخراجهم منه»[٢].

و خبر أبي الربيع : «لا تشتر من السواد شيئاً الاّ من كانت له ذمّة ، فانّما هي فيء للمسلمين»[٣]، و نحوها غيرها[٤].

و المراد من السواد كما في الجواهر عن المنتهى : «الارض المغنومة من الفرس الّتي فتحت في زمن عمر بن الخطاب و هي سواد العراق ـ الى أن قال : ـ و سمّيت سواداً لانّ الجيش لمّا خرجوا من البادية رأوا هـذه

---

١ ـ التهذيب ١٤٧:٧، الاستبصار ١٠٩:٣، عنهما الوسائل ٣٦٩:١٧، ٤٣٥:٢٥.

٢ ـ التهذيب ١٤٦:٤، الاستبصار ١٠٩:٣، عنهما الوسائل ١٥٥:١٥.

٣ ـ عن أبي الربيع الشامي عن أبي عبدالله عليه السلام قال : لا تشتر من أرض السواد شيئاً الا من كانت له ذمة فانما هو فيء للمسلمين (التهذيب ١٤٧:٧، الفـقيه ١٥٢:٣، عـنهما الوسـائل ٣٦٩:١٧).

٤ ـ عن محمد بن شريح قال : سألت أبا عبدالله عليه السلام عن شراء الارض من أرض الخراج ؟ فكرهه و قال : إنما أرض الخراج للمسلمين ، فقالوا له : فانه يشتريها الرجل و عليه خراجها ، فقال : لا بأس الا أن يستحيي من عيب ذلك (التهذيب ١٤٧:٧، عنه الوسائل ٣٧٠:١٧) .

الارض و التفات شجرها سمّوها السواد لذلك ـ الخ ».

و دلالة النصوص على الملك ظاهرة ، كدلالتها على المنع من التصرف ، فانّ قوله عليه‌السلام في الثاني : «هي أرض المسلمين» ، تعليل للمنع عن البيع المستفاد من الاستفهام الانكاري كما هو صريح الثالث ، و مثلهما في ذلك غيرهما ، و لذلك كان المشهور المنع من التصرّف و لو ببناء و نحوه.

و يقتضيه مضافاً الى النصوص المتقدّمة ما دلّ على المنع من التصرف في مال الغير بغير اذنه ، لكن قال في المسالك في شرح قول مصّنفه : «و لا يجوز بيعها و لا وقفها و لا هبتها ، اي : لا يصحّ شيء من ذلك في رقبتها مستقلاً ، أمّا لو فعل ذلك بها تبعاً لآثار المتصرف ، من بناء و غرس و زرع فجائز على الاقوى ، فاذا باعها بائع مع شيء من هذه الآثار دخلت في المبيع على سبيل التبع ، و كذلك الوقف و غيره ، و يستمرّ كذلك مادام شيء من الآثار باقياً ، فاذا ذهبت أجمع انقطع حق المشتري و الموقوف عليه و غيرهما عنها ، هكذا ذكر جمع من المتأخرين و عليه العمل ـ انتهى».

و هو كما ترى غير ظاهر ، و ما يظهر من جملة من النصوص من المفروغية عن مشروعية بيع أرض الخراج و ان لم يكن وارداً لبيان ذلك مثل خبر اسماعيل بن الفضل : « عن رجل اشترى أرضاً من أرض الخراج فبنى بها أو لم بين غير أنّ اناساً من أهل الذمة نزلوها له أن يأخذ منهم أجرة البيوت ـ الحديث »[١] و غيره ، فلا بدّ من طرحها أو حمل الشراء على

---

١ ـ عن اسماعيل بن الفضل الهاشمي قال : سألت أبا عبدالله عليه‌السلام عن رجل اشتري أرضاً من أرض الخراج فبني بها أو لم يبن غير ان اناساً من اهل الذمة نزلوها ، له أن يأخذ منهم اجرة

ـــ

نحو من التجوّز كما اشير اليه في النصوص السابقة ، لا أنّها يجمع بينها و بين ما سبق بالتفصيل المذكور ، فانّه بلا شاهد .

و بالجملة لا دليل على تملّك الارض تبعاً للاثار فيها و لا جواز بيعها كذلك ، فلا معدل عن دليل المنع من الاصل و النص .

ثمّ انّ ظاهر النصوص المذكورة أنّها مملوكة لجميع المسلمين على الاشاعة ، و لا بأس بالبناء عليه ، و مجرّد عدم وجوب توزيع العين و المنافع غير كاف في رفع اليد عن الظاهر ، اذ لا مانع من كون الحكم على خلاف القواعد الاوّلية لبعض الجهات الخارجية .

التصرف في الارض المفتوحة عنوة

لا خلاف و لا اشكال في أنّ ولاية التصرف في الارض المفتوحة عنوة للامام ، ففي صحيح البزنطي : «و ما اخذ بالسيف فذلك الى الامام يقبله بالّذي يرى كما صنع رسول اللّه صلى الله عليه وآله بخيبر»[1] ، و نحوه غيره[2] ، و عليه لا يجوز التصرف فيها الاّ باذنه .

نعم ورد في النصوص جواز التقبل من السلطان الجائر ، و جواز شراء الخراج منه ، و جواز أخذ الخراج منه بنحو الارتزاق أو الجائزة ، لكنّه

البيوت إذا أدوا جزية رؤوسهم ؟ قال : يشارطهم فما اخذ بعد الشرط فهو حلال (التهذيب ١٤٩:٧، عنه الوسائل ١٧: ٣٧٠).

١ ـ التهذيب ١١٩:٤، عنه الوسائل ١٥٨:١٥.

٢ ـ عن صفوان بن يحيى و أحمد بن محمد بن أبي نصر جميعاً قالا : ذكرنا له الكوفة و ما وضع عليها من الخراج و ما سار فيها أهل بيته ـ الى أن قال : ـ و ما أخذ بالسيف فذلك الى الامام يقبله بالذي يرى ، كما صنع رسول الله صلى الله عليه وآله بخيبر قبّل سوادها و بياضها ، (الكافي ٥١٢:٣ ، التهذيب ٣٨:٤ و ١١٨، عنهم الوسائل ١٥٧:١٥.

لا ينافي ثبوت الولاية لامام الحق ، لجواز أن يكون ذلك امضاء لبـعض التصرفات لمصلحة اقتضت ذلك .

هذا في حال الحضور ، أمّا في حال الغيبة فهل يجوز التصرف فـيها مطلقاً ، لما دلّ على تحليل الارض لشيعتهم أو لا يـجوز الاّ بـاستئذان السلطان الجائر كما يظهر من محكي فوائد الشرائع للكركي قال :

«لا يـجوز جـحدهما يـعنى الخـراج و المـقاسمة و لا مـنعهما ، و لا التصرف فيهما الاّ باذنه باتفاق الاصحاب ، و لو لم يكن عليها يعني الارض يد لاحد ، فقضية كلام الاصحاب توقّف جواز التـصرف فـيهما على اذنه ، حيث حكموا بأنّ المقاسمة و الخراج منوط بـرأيـه ، و هـما كالعوض عن التصرف ، و اذا كان العوض منوطاً بـرأيـه كـان المـعوّض كذلك ـ انتهى ».

أو لا يجوز الاّ بالاستئذان من الحاكم الشرعي لعموم دليل النيابة ، أو يفصل بين أن يكون المتصرّف ممّن له نصيب من الخراج فيجوز له و بين غيره فلا .

كما يستفاد من مثل صحيح ابن سنان ، قلت لابي عبد اللّه عليه السلام : انّ لي أرض خراج و قد ضقت بها أفأدعها ؟ قال : فسكت عنّي هنيئة ، ثمّ قال : «انّ قائمنا لو قد قام كان نصيبك من الارض أكـثر مـنها»[١] ، و فـي خـبر الحضرمي قال أبو عبد اللّه عليه السلام لي : «لِمَ تركت عطاءك ؟ قلت : مخافة على ديني ، قال عليه السلام : ما منع ابن أبي السماك أن يبعث اليك بعطائك أما علم أنّ لك في بيت المال نصيبا ».

أو يفصل بين ما عرض له الموت من الارض المحياة وقت الفتح و بين

---

١ ـ الكافي ٥:٢٨٣، التهذيب ١٤٩:٧ ، عنهما الوسائل ١٥٩:١٥.

الباقية على عمارتها ، فيجوز الاحياء في الاوّل لعموم أدلّة الاحياء و خصوص رواية سليمان [1] احتمالات .

يشكل وجه الاوّل بأنّ أخبار التحليل مختصّة بما كان لهم و من حقوقهم ، و لا تشمل ما كان من حقوق الناس .

و الثاني بعدم ثبوت الاتفاق المذكور ، بل في الجواهر : «لم نعرف للاصحاب كلاماً في توقّف حلّها على اذن الجائر مع عدم كون الارض في يده ـ انتهى» ، بل المفهوم من الادلّة العقلية و النقلية عدم ثبوت الولاية له على ذلك ، غاية الامر ثبت من النصوص جواز تقبّل الارض منه و براءة الذمة بدفع الخراج اليه و جواز شرائه منه و أخذ جوائزه ، و ذلك لا يدلّ على الولاية بوجه ، بل يدلّ على نفوذ تصرّفه في الموارد المذكورة ، و قياس غيرها عليه بنحو يخرج به عن القواعد الاولية غير ظاهر .

و الثالث بأنّك قد عرفت سابقاً الاشكال في عموم دليل النيابة .

و الرابع بأنّ مورد الصحيح الارض الّتي بيد السلطان ، و ظاهره أنّ كونه ممّن له نصيب له دخل في رفع ما فيه من ضيق الصدر لا علّة للاذن ، فانّك عرفت الاذن في التقبّل من السلطان اذا كانت الارض في يده و ان لم يكن التقبّل ممّن له نصيب ، و يحتمل أن يكون ما بيده من الارض كان اقطاعاً من السلطان مجّاناً ، و لاجل ذلك ضاق صدره فيكون الاستحقاق من الارض مصحّحاً لذلك .

و أمّا الخبر فمورده الاخذ من الخراج و قد عرفت أنّه سائغ ، و لا سيّما اذا كان ممّن له نصيب فيه ، و لا دخل له فيما نحن فيه .

---

١ ـ عن سليمان بن خالد قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل يأتي الارض الخربة فيستخرجها و يجري أنهارها و يعمرها و يزرعها ماذا عليه ؟ قال : الصدقة ، قلت : فان كان يعرف صاحبها ، قال عليه السلام : فليؤدّ اليه حقّه ، (التهذيب ١٤٨:٧ و ٢٠١، عنهما الوسائل ٤١٥:٢٥).

و الخامس بما عرفت من أنّ أدلّة الملك بالاحياء مختصّة بغير المقام بلا خلاف ، فلا مجال للرجوع اليها فيه ، كما عرفت أنّ مصحّح سليمان المتقدّم محمول على لزوم أداء الارض لا الاجرة ، فلاحظ .

و لكن لمّا كان المقام من قبيل ما علم من الشارع عدم المنع من التصرف فيه لئلا يلزم الضياع ، فيكون كسائر الموارد الّتي بني فيها على ولاية الحاكم عند التمكّن، لاحتمال دخل اذنه في جواز التصرّف ، فلا بد فيه من مراجعته ان امكن، و احتمال دخل اذن السلطان منفيّ قطعاً ، لما فيه من تقويه شوكته و ترويج باطله .

و بالجملة لا اشكال في جواز التصرف في المقام ، و انّما الاشكال في جوازه مطلقاً و لو بدون مراجعة الحاكم ، أو بشرط المراجعة له ، فأصالة المنع تقتضي تعيّن الثاني ، فيكون من قبيل الموارد الّتي بني فيها على ولاية العدول على ما تقدّم تفصيله ، فراجع .

لا فرق في ذلك بين نفس الارض و ما يتولّد فيها

و لا فرق في ذلك بين نفس الارض و ما يتولّد فيها من نبات و شجر و نحوهما ، فانّه تابع لها في الملك للمسلمين، فلا بد في التصرّف فيه من مراجعة الحاكم ان امكن.

نعم السيرة قائمة على جواز تملّك بعض أجزاء الارض و ما يكون فيها ، من حشيش و ورق شجر و نحوهما ممّا لا مالية له ، لا بأس بالعمل بها في الموارد الّتي يتحقّق ثبوتها فيه ، و منها الطين الّذي يعمل أواني و آجراً .

مصرف الخراج هو المصالح العامة

كما أنّه لا اشكال و لا خلاف في أنّ مصرف الخراج هو المصالح العامة اجماعاً بقسميه كما في الجواهر، مضافاً الى مرسلة حماد[١]، و عليه فلو جاز التصرف بدون مراجعة السلطان فاللازم صرف طسقها في تلك المصالح، سواءاً كان المتولّي هو الحاكم أو نفس المتصرّف، و ما في الجواهر من: «أنّ الاقوى العدم لظاهر نصوص الاباحة و للسيرة المستمرة في سائر الاعصار و الامصار بين العلماء و الاعوام ـ انتهى»، غير ظاهر.

اذ نصوص الاباحة قد عرفت أنّها مختصّة بحقوقهم، و السيرة غير ظاهرة الاّ فيما اخذ من السلطان أرضاً كان على نحو الاقطاع أو نفس الخراج على نحو الجائزة أو الشراء أو الارتزاق، فمقتضى أصالة الاحترام عدم الخروج عن الضمان الاّ بما يصرف في مصارف الخراج، فلاحظ.

---

١ ـ حماد بن عيسى، عن بعض أصحابنا، عن العبد الصالح عليه‌السلام في حديث: و الانفال كل أرض خربة قد باد اهلها ... و له رؤوس الجبال و بطون الاودية و الاجام، و كلّ أرض ميتة لا ربّ لها ـ الحديث (الكافي ١:٥٣، ٤٥٣، عنه الوسائل ٩:٥٢٤).

الشرط الثاني
اعتبار كون ملكية العوضين طلقاً للمالك

المراد من اشتراط الطلقيّة في العوضين

المذكور في كلام جماعة كثيرة من المتأخّرين أنّه يشترط في كلّ من المعوّضين أن يكون طلقاً .

و المراد من الطلقية في كلامهم أن لا يكون فيه مانع عن التصرف ، لانّ الطلقيّة من الاطلاق مقابل التقييد ، فاذا كان أحد العوضين مقيّداً امتنع بيعه و ان كان مطلقاً جاز بيعه ، و بهذا المعنى من الطلقية صحّ أن يفرّعوا على اشتراطها عدم جواز بيع الوقف و نحوه ممّا يوجد مانع فيه عن الانتقال .

نعم لو كان المراد من الطّلقية السلطنة على التصرف أشكل التفريع المذكور ، اذ السلطنة على التصرف راجعة الى جواز التصرف ، و لا معنى لتفريع عدم جواز البيع على عدم جواز التصرف كما هو ظاهر .

١ ـ عدم جواز بيع الوقف

ما يستدلّ به على عدم جواز بيع الوقف و المناقشة فيه

لا يجوز بيع الوقف اجماعاً و نصوصاً ، و في الجواهر : «يمكن دعوى تواترها ـ انتهى » ، بل عن بعض الاساطين دعوى الضرورة .

و من النصوص خبر أبي علي بن راشد ، سألت ابا الحسن عليه السلام قلت : جعلت فداك انّي اشتريت أرضاً الى جنب ضيعتي بألفي درهم فلمّا وفرت المال خبرت أنّ الارض وقف ، فقال عليه السلام : «لا يجوز شراء الوقف ، و لا تدخل الغلة في ملكك ، ادفعها الى من اوقفت عليه ، قلت : لا أعرف لها ربّاً ، قال عليه السلام : تصدق بغلّتها »[١] .

و ما روي في صدقات أمير المؤمنين عليه السلام من قوله عليه السلام : «هذا ما تصدّق به علي بن أبي طالب و هو حيّ سويّ ، تصدّق بداره الّتي في بني زريق صدقة لا تباع و لا توهب حتّى يرثها اللّه تعالى الّذي يرث السماوات و الارض »[٢]، بناء على أنّه وصف مقوّم للنوع لا للشخص ، اذ لو كان شرطاً خارجاً عن النوع كان المناسب تأخيره عن ركن العقد و هو الموقوف عليهم .

و فيه انّه بعد ما كان التعبير بلفظ الصدقة يمتنع أن يكون عدم البيع

---

١ ـ الكافي ٧:٣٧، عنه الوسائل ١٩:١٨٥.

٢ ـ التهذيب ٩:١٣١، الاستبصار ٤:٩٨، الفقيه ٤:١٨٣، عنهم الوسائل ١٩:١٨٧ .

عن عبدالرحمان بن الحجاج قال : أوصى أبو الحسن عليه السلام بهذه الصدقة : هذا ما تصدق به موسى بن جعفر ، تصدق بأرضه في مكان كذا و كذا كلها ـ الى أن قال : ـ تصدق موسى بن جعفر بصدقته هذه و هو صحيح صدقة حبساً بتلاً بتلاً مبتوتة لا رجعة فيها و لا ردّ، ابتغاء وجه الله و الدار الاخرة ، لا يحل لمؤمن يؤمن بالله و اليوم الاخر أن يبيعها و لا يبتاعها ، و لا يهبها و لا ينحلها ، و لا يغير شيئاً مما وصفته عليها حتى يرث الله الارض و من عليها (الكافي ٧:٥٣، التهذيب ٩:١٤٩، الفقيه ٤:١٨٤، عيون الاخبار ١:٣٧، عنهم الوسائل ١٩:٢٠٢).

عن ايوب بن عطية قال : سمعت أبا عبدالله عليه السلام يقول : قسم رسول الله صلى الله عليه و آله الفيء فأصاب علياً أرض ـ الى أن قال صلى الله عليه و آله : ـ فمن باعها أو وهبها فعليه لعنة الله و الملائكة و الناس أجمعين ، لا يقبل الله منه صرفاً و لا عدلاً (التهذيب ٩:١٤٨، الكافي ٧:٥٤، عنهما الوسائل ١٩:١٨٦).

مقوّماً للنوع، لانّ نوع الصدقة ممّا لا يعتبر فيه ذلك جزماً و ليس هو المدّعى.

نعم انّما يتمّ الاستدلال لو كان التعبير بلفظ الوقف، مع أنّه قد يشكل ايضاً بأنّه خلاف الاصل في القيود و الشروط، اذ الاصل التأسيس كما لا يخفى.

الاّ أن يقال: أصالة التأسيس انّما تكون مرجعاً مع الشك في المراد، لا مع العلم به و الشك في المعنى الحقيقي نظير أصالة الحقيقة، و لذا قيل: الاستعمال أعمّ، لكن لو تمّ ذلك اقتضى عدم الظهور في خروجه عن مفهوم الصدقة لا أنّه يكون ظاهراً في دخوله فيه.

و ايضاً فانّ قوله عليه السلام: «صدقة»، ظاهر في كونه مفعولاً مطلق، فيمتنع جعل قوله عليه السلام: «لا يباع»، وصفاً له، اذ هو من صفات العين المتصدّق بها لا من صفات نفس الصدقة، فيتعيّن كونه شرطاً خارجاً عن الصدقة، و جعله صفة له بلحاظ موضوعه خلاف الظاهر.

و كيف كان فلا يصلح ما ذكر دليلا على ما نحن فيه.

و أمّا الاشكال بأنّه لو كان شرطاً خارجاً لكان فاسداً على اطلاقه، لأنّه مخالف لما دلّ على جواز البيع في بعض الموارد، ففيه انّه لا مانع من تقييده بما دلّ على الجواز، نظير ما في الرواية السابقة من اطلاق المنع عن البيع، مع أنّه وارد ايضاً على تقدير كونه فصلاً مقوّماً، فانّه ايضاً لا يصحّ على اطلاقه.

و مثله في الاشكال التمسك بالمكاتبة الّتي رواها الصفار عن ابي محمد عليه السلام: «الوقوف على حسب ما يقفها أهلها ان شاء اللّه»[1]، اذ لا يتمّ الاّ اذا

---

١ ـ عن محمد بن يحيي قال: كتب بعض اصحابنا الى أبي محمد عليه السلام في الوقوف و ما

كان عدم البيع مأخوذاً قيداً للوقف في نظر الواقف ، اذ لو اخذ خلافه قيداً دلّ على جواز البيع ، كما أنّه لو بني على أنّ عدم البيع مقوّم للوقف كفى في اثباته ما دلّ على عموم الصحة و النفوذ و لم يحتج الى التمسك بالمكاتبة .

بل قد يشكل التمسك بها لظهورها في القيود الزائدة على ما هو قوام الوقف ، مثل خصوصية الموقوف عليه و خصوصيات الصرف زماناً و مكاناً و نحو ذلك ، فلاحظ .

الدليل على عدم صحة الوقف

فالاولى الاستدلال عليه مضافاً الى رواية أبي على المتقدّمة بما أشار اليه بعض الاساطين في محكي شرحه ، بأنّ الدوام و التأبيد مأخوذ في حقيقة الوقف ، و البيع و أضرابه من المعاوضات ينافي ذلك ، فدليل صحة الوقف مانع من نفوذ البيع ، لانّ دليل أحد المتنافيين دليل على عدم الآخر ، و لذلك تصحّ دعوى أنّ صحة البيع تلازم بطلان الوقف ، كما تصحّ دعوى أنّ صحة الوقف تلازم بطلان البيع .

و من ذلك يظهر وجه ما في الجواهر من أنّ الوقف ما دام وقفاً لا يجوز بيعه ، بل لعلّ جواز بيعه مع كونه وقفاً من التضاد ، نعم اذا بطل الوقف اتّجه جواز بيعه ـ انتهى» ، بناء على أنّ مراده من الجواز الجواز الفعلي بمعنى الصحة و ثبوت المضمون .

---

١ روي فيها ، فوقّع : الوقوف على حسب ما يقفها اهلها ان شاء الله (الكافي ٣٧:٧، عنه الوسائل ١٧٥:١٩) .

رواها في الفقيه ١٧٦:٤، و التهذيب ١٢٩:٩، و فيهما : كتب محمد بن الحسن الصفار الى أبي محمد الحسن بن على عليه‌السلام ، و فيهما : يوقفها.

نعم يشكل لو كان المراد الجواز التعليقي ، يعني جواز البيع على تقدير وقوعه ، فانّ مثل هذا الجواز التعليقي الثابت بمجرد طروء بعض المسوّغات لا ينافي الوقف ، كي يلزم من ثبوته بطلان الوقف ، فانّ بعض الموارد الّتي حكم فيها بجواز البيع بالمعنى المذكور لم يلتزم أحد فيها ببطلان الوقف .

نعم مثل هذا الجواز انّما ينافي لزوم الوقف ، فيكون حينئذ جائز الابطال بالبيع ، لا أنّه مناف لصحّته بحيث يبطل بمجرّد طروء ما يوجب الجواز المذكور ، اذ لا مقتضي لذلك .

لكن لا يبعد أن يكون مراد الجواهر الاوّل أعني الجواز الفعلي ، فلا يتوجّه عليه الاشكال ، و استظهار الثاني من كلامه بقرينة جعل المنع من البيع من مقوّمات مفهوم الوقف غير ظاهر ، اذ كون المنع من البيع بمعنى بطلانه من مقتضيات الوقف ممّا لا غبار عليه ، بل لا ينبغي الريب فيه لمنافاة البيع للتأبيد جزماً ، و اعترف به شيخنا الاعظم رحمه الله في كلامه في حكم الصورة الثانية و غيره ، لكنّه لا يقتضي المنافاة بين صحة الوقف و جواز البيع على نحو التعليق ، و انّما يقتضي المنافاة بين صحة الوقف و جواز البيع على نحو التنجيز .

نعم لو كان الطاريء المسوّغ للبيع بنفسه مبطلاً للوقف كالخراب و السقوط عن الانتفاع بطل الوقف بطروّه و لو لم يتحقّق البيع ، و يحتمل أن يكون مراد الجواهر خصوص هذا المورد .

هذا بناء على دخول التأبيد في مفهوم الوقف ، أمّا بناء على أنّه مجرّد التمليك الترتيبي للطبقات ، كما يظهر من كلمات شيخنا الاعظم رحمه الله في حكم الصورة الاولى ، فجواز البيع لا يبطل الوقف و لو آناً مّا قبل البيع ، بل البيع يقع على نفس العين الموقوفة فتخرج به عن كونها وقفاً على اشكال يأتي هناك ، فلاحظ .

الاقوال في صحة جواز بيع الوقف

ثمّ ان الاصحاب قدس سرهم بعد بنائهم على أصالة المنع عن البيع في الوقف اختلفوا في الخروج عن هذا الاصل و عدمه، كما أنّهم اختلفوا في موارد الخروج، و كلماتهم لا تخلو من تشويش و اشكال، كما اعترف به غير واحد، و يظهر ذلك بمراجعتها في الكتب المعدّة لنقلها، كمفتاح الكرامة و المقابيس و مكاسب شيخنا الاعظم رحمه الله، و لا يهمّنا الآن نقلها و تحقيق ما يظهر منها، و انّما المهمّ معرفة ما هو المستفاد من الادلّة، فنقول:

قد ذكر شيخنا الاعظم رحمه الله أنّ الوقف منه مؤبّد و منه منقطع، و أنّ الخلاف في جواز البيع و عدمه في المؤبّد انّما هو فيما يكون ملكاً للموقوف عليهم الّذي تكون منفعته لهم، و يجوز ايجاره و يجب ضمانه لهم، أمّا ما لا يكون كذلك كالمساجد و المدارس الّذي هو فكّ ملك كالتحرير، و لا يجوز ايجاره، و لا تضمن منافعه بالاستيفاء بلا حق، فالظاهر انّه لا خلاف في عدم جواز بيعه لعدم الملك ـ انتهى.

و الّذي ينبغي أن يقال: انّ الوقف بجميع أقسامه نوع من الصدقة، غاية الامر أنّ التصدّق تارة بجعل العين صدقة مطلقه، كما لو قال: داري أو بستاني صدقة مطلقة، فانّ العين تكون حينئذ صدقة كسائر الصدقات، فتجري عليها أحكامها، و التصرّف فيها يكون راجعاً الى ولي الصدقات، فتكون العين نظير الزكاة المعزولة الّتي هي صدقة مصرفها الاصناف الثمانية.

و اخرى بجعل العين على شأن خاص من دون اعتبار التأبيد و الدوام نظير نماء الوقف، كما لو قال: بستاني صدقة على العلماء، و حينئذ تكون

صدقة خاصّة تصرف في مصالح العلماء ، و يجوز صرف عينها و بدلها ببيعها .

و ثالثة بجعلها صدقة مؤبّدة ، و حينئذ تكون وقفاً لا يجوز بيعها و لا تمليكها و لا غيرها ممّا ينافي تأبيد كونها صدقة كما عرفت .

فالوقف اذاً هو الصدقة المؤبّدة ، فتخرج العين عن ملك المالك و لا تدخل في ملك مالك ، كما لا يجوز التصرف فيها بالتمليك و نحوه ممّا ينافي تأبيد التصدق بها .

تقسيم الوقف الى المؤبد و المنقطع

ثمّ انّ الوقف يكون تارة على موقوف عليه ، يعود نفعه اليه انساناً كان حيّاً أو ميتاً ، أو حيواناً أو جماداً أو جهة ، و اخرى لا يكون كذلك بل يكون لمجرّد حفظ عنوان و ايجاده كما في وقف المساجد ، فانّه لم يلاحظ في وقفها انتفاع أحد به ، و انّما وقف العرصة على أن تكون مسجداً لا غير فتكون بذلك مسجداً .

و لو وقف العرصة على المصلّين أو الساجدين أو العابدين لم تكن مسجداً ، و لا تجري عليها أحكام المساجد مثل حرمة تنجيسها و فضل الصلاة فيها ، و نحوهما من أحكام المساجد ، و انّما تكون وقفاً على الصلاة نظير وقف العرصة للوضوء و الغسل و نحوهما من الافعال ، فلم يلاحظ في وقف المسجد موقوف عليه ، و انّما لوحظ مجرّد ايجاد عنوان المسجدية .

و لاجل ذلك لا يكون خراب المسجد و سقوطه عن الانتفاع به بالمرّة منافياً للتأبيد و استمرار الوقف ، لانّ عنوان المسجدية ليس قائماً بالعمارة و لا متوقّفاً عليها بخلاف الوقف على أحد الانحاء الاخر ، فعدم

دخول المساجد في محل النزاع لهذه الجهة الّتي بها افترقت عن سائر الاوقاف الّتي لوحظ فيها موقوف عليه تصرف منافعها فيه .

أقسام الوقف المنقطع

و هذه على أقسام :

١ ـ أن يلاحظ الواقف انتفاع الموقوف عليه به بلحاظ صيرورة المنفعة ملكاً لهم ،كما لو قال : هذا وقف على أولادي على أن تكون منافعه لهم ، فتكون المنافع مملوكة للموقوف عليه، و تجري عليها أحكام الملك من كونها تحت سلطانهم يتصرّفون فيها كيف شاءوا ، و يرثها وارثهم ، و تجوز المعاوضة عليها منهم ، و تضمن لهم عند طروء سبب الضمان من يد أو اتلاف كسائر أملاكهم .

٢ ـ أن يلاحظ صرف المنفعة فيهم من دون تمليك و لا تملّك ، كما لو قال : بستاني وقف على العلماء تصرف منافعه فيهم ، و هذا لا توارث فيه ، فلو مات أحد من العلماء بعد تحقّق الثمرة و قبل صرفها عيناً أو عوضاً عليه لا يرثها وارثه .

كما أنّه لا ولاية فيه للموقوف عليه ، اذ لا دليل عليه بعد عدم الملك بل ولايتها للحاكم الشرعي ، و يجوز له المعاوضة عليها لعدم منافاتها لما لاحظه الواقف ، كما أنّه مضمونة باليد أو الاتلاف كما تضمن الزكاة المعزولة بذلك لعموم أدلّة الضمان ، و اعتبار الملك في الضمان لا دليل عليه ، بل الاطلاق على خلافه ، و يكفي في صحّة اعتباره عند العقلاء قيام المضمون به مقام المضمون في حفظ عنوان الصدقة كما لا يخفى .

٣ ـ أن يلاحظ الواقف صرف نفس المنفعة في الموقوف عليه ، كما اذا

قال : هذه الشجرة وقف على أولادي يأكلون من ثمرتها ، و في مثله لا توارث و لا ولاية للموقوف عليه ، و لاتصحّ المعاوضة عليها حتّى من الولي العام ، لأنّه خلاف ما لاحظه الواقف ، نعم تضمن منافعها بطروء سبب الضمان لما عرفت في القسم السابق .

٤ ـ أن يلاحظ الواقف انتفاع الموقوف عليه به مباشرة ، كما في وقف الخانات و الرباطات و كتب العلم و الادعية و الزيارات و نحوها ممّا قصد الواقف انتفاع الموقوف عليه به باستيفاء منفعته .

و هذا القسم كما لا يجوز فيه التوارث و لا المعاوضة حتّى من الوليّ العام ، و لا يكون ولايته للموقوف عليه لا يجوز فيه الضمان للمنافع لو استوفى منافعها ظالم بغير حق ، لانّ اعتبار الضمان يتوقّف على ملاحظة مضمون له .

و المفروض أنّ الواقف ما جعل منافعها ملكاً لمالك ، و لا مضافة الى جهة ، و لا معنونة بعنوان خاص مثل كونها صدقة ، فكيف يصحّ حينئذ فرض البدلية بالمثل أو القيمة ، و المبدل منه ليس له عنوان خاصّ يمكن اعتبار البدلية بلحاظه كما لا يخفى ، فاتلافها كاتلاف المباحات الاصلية لا معنى لاعتبار الضمان فيه .

نعم مقتضى اطلاق الضمان باليد و الاتلاف ضمان نفس الاعيان الموقوفة بهما ، و عدم كونها مملوكة لمالك لايقدح في ذلك ، لما عرفت من عدم الدليل على اعتبار المالك في المضمونات ، فانّه مع أنّه خلاف اطلاق الادلّة خلاف المقطوع به في مثل الزكاة المعزولة ، مع أنّ التحقيق أنّها ليست ملكاً لا للفقراء و لا لغيرهم ، و انّما هي صدقة مصرفها الاصناف الثمانية كما حقّق ذلك في محله .

و من ذلك يظهر لك النظر في كلمات شيخنا الاعظم رحمه الله ، فلاحظ .

اذا اجتمع القسمان في وقف واحد

كما أنّ من ذلك يظهر أنّه قد يجتمع قسمان في وقف واحد بلحاظ أجزائه ، كما في وقف المساجد المعمورة قبل الوقف ، فانّ المسجدية لمّا كانت قائمة بالعرصة دون ما فيها من بناء و سقوف و نحو ذلك ، كان مرجع وقف المجموع الى وقفين: وقف العرصة مسجداً و لا ينقطع تأبيده بالخراب كما عرفت ، و وقف البناء و نحوه ، فانّه من قبيل وقف الخانات ، فاذا انهدم السقف و لم يمكن ارجاع أبعاضه الى ما كانت عليه لم يكن مانع من بيعها ، بناء على ما يأتي من أنّ السقوط عن الانتفاع مبطل للوقف .

و كأنّه لذلك ورد ما تضمن جواز بيع ثوب الكعبة و صحة شرائه [١] ، فلا يتوهم التنافي بينه و بين ما عرفت ، فلاحظ و تأمّل ، و اللّه سبحانه الموفّق المعين.

الكلام في مسوّغات بيع الوقف

ثمّ انّ الكلام في بيع الوقف يقع في صور :

١ ـ عن مروان بن عبدالملك قال : سألت أبا الحسن عليه‌السلام عن رجل اشتري من كسوة الكعبة شيئاً فقضي ببعضه حاجته و بقي بعضه في يده هل يصلح بيعه ؟ قال : يبيع ما أراد و يهب ما لم يرد ، و يستنفع به و يطلب بركته ، قلت : أيكفن به الميت ؟ قال : لا (الكافي ٣:١٤٨، الفقيه ١:٩٠، التهذيب ١:٤٣٤، عنهم الوسائل ٣:٤٤، ١٣:٢٥٨).

الصورة الاولى : أن يخرب الوقف

أن يخرب بحيث لا يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه ، كالحيوان المذبوح و الجذع البالي ، و المعروف جواز بيعه حينئذ ، أمّا بناء على ما عرفت من أنّ قوام الوقف الّذي به امتاز عن أقسام التصدّق هو التأبيد و الدوام بلحاظ الانتفاع بالمنفعة الخاصة ، فاذا بطلت بطل لانتفاء الحكم بانتفاء موضوعه ، و اذا بطل التأبيد بقي صرف التصدّق على الموقوف عليه ، فيرجع الى القسم الثاني الّذي لا مانع من بيعه .

و لا مجال للعمل بأدلّة المنع ، اذ لا اجماع على المنع حينئذ ، و قوله عليه السلام : «لا يجوز شراء الوقف»[1] ، و قوله عليه السلام : «الوقوف على حسب ما يقفها أهلها»[2] ، بناء على كونه منها يتوقّف اعماله على ثبوت الوقف و المفروض بطلانه و انتفاؤه ، أمّا بناء على أنّه تمليك العين لكلّ طبقة من الموقوف عليهم على الترتيب بترتيب طبقاتهم ، و يكون ملكهم للمنافع تبعاً لملك العين لا بجعل من الواقف ، فمجرّد امتناع المنفعة لا يوجب بطلان الوقف لعدم منافاة ذلك له و لا لدليله ، فلا بدّ في اثبات جواز البيع من دعوى انصراف دليل المنع ، أعنى قوله عليه السلام : «لا يجوز شراء الوقف» عن الفرض ، لكنّه محل اشكال .

---

١ ـ الكافي ٧:٣٧، عنه الوسائل ١٩:١٨٥، و فيه : «لا يجوز شراء الوقوف».

٢ ـ عن محمد بن يحيي قال : كتب بعض اصحابنا الى أبي محمد عليه السلام في الوقوف و ما روي فيها ، فوقّع : الوقوف على حسب ما يقفها اهلها ان شاء الله (الكافي ٧:٣٧، عنه الوسائل ١٩:١٧٥) .

رواها في الفقيه ٤:١٧٦، و التهذيب ٩:١٢٩، و فيهما : كتب محمد بن الحسن الصفار الى أبي محمد الحسن بن على عليهما السلام ، و فيهما : يوقفها.

بل لو قيل بأنّ مفهوم الوقف راجع الى التمليك الترتيبي المتقدّم على أن تبقى العين بنفسها مستمرّاً دائماً ، فيكون المنع من البيع من لوازم مفهومه ، كان مقتضى اطلاق الصحّة و النفوذ المنع عن البيع و لو مع الخراب و عدم المنفعة ، لعدم ارتباط هذا المعنى من التأبيد بالمنفعة كي يكون بطلانها موجباً لبطلانه فيحتاج ايضاً في اثبات جوازه الى دعوى انصراف دليل الصحة ، لكنّها غير ظاهرة ايضاً ، لا أقلّ من الشك الموجب للرجوع الى استصحاب المنع .

و دعوى أنّ المنع السابق على الخراب كان في ضمن وجوب العمل بالوقف ، و هو انتفاع جميع البطون و قد ارتفع ذلك قطعاً ، فلا يبقى ما كان في ضمنه ، مندفعة بأنّ المراد من وجوب العمل بالوقف ان كان الوجوب الارشادي الى ثبوت مضمونة فهو غير معلوم الارتفاع فيستصحب ، و ان كان زائداً على ذلك فغير ثابت ،كما أشرنا الى ذلك في المباحث السابقة ، مع أنّ مجرّد كون الوجوب ضمنيّاً لا يمنع من جريان الاستصحاب فيه الاّ مع تعدّد الموضوع عرفاً ، و هو ممنوع .

و مثلها دعوى كون استصحاب المنع تعليقيّاً و في حجّيته بحث ، اذ فيها أنّ عمدة المناقشة في حجّيته معارضته بالاستصحاب التنجيزى ، و الاستصحاب التنجيزي هنا معاضد لا معارض ، فانّ الاصل عدم ترتّب الاثر كما لا يخفى .

و مثل ذلك في الاشكال الاستدلال على الجواز ، بأنّ الامر دائر بين تعطيله حتّى يتلف بنفسه ، و بين انتفاع البطن الموجود به بالاتلاف ، و بين تبديله بما يبقى و ينتفع فيه الكلّ ، و الاوّل مناف لحقّ اللّه تعالى و حقّ الواقف و حقّ الموقوف عليه ، و الثاني مناف لحقّ البطون اللاحقة و مستلزم لجواز البيع ، لعدم الفرق بين اتلافه و نقله ، فيتعيّن الثالث و هو المطلوب .

اذ فيه أنّه لا يظهر حقّ للّه تعالى في العين الموقوفة ، و كون الوقف من العبادات لو سلّم ، فالمراد به فعل الواقف ، فهو له تعالى ، على أن تكون اللام للتعليل لا للملك و لا للاختصاص ، فلا حقّ له تعالى في الفعل فضلاً عن العين، و كذا لا يظهر حقّ للواقف فيها بعد ما خرجت عن ملكه ، امّا لكونها صدقة كما هو الظاهر ، أو لكونها ملكاً للموقوف عليهم .

و أمّا حقّ الموقوف عليهم فهو لو كان ثابتاً ، بناء على أنّ الملك التعليقي يستلزم ثبوت حقّ في العين، لكن ابقائها بلا بيع الى أن تتلف لا ينافي الملك المذكور كما في سائر الاملاك الّتي تسقط عن الانتفاع ، كما لا ينافي ايضاً الحقّين السابقين على تقدير ثبوتهما ، فاذا ليس في ترك العين على حالها تضييع لحقّ من الحقوق المذكورة ، و لو سلّم فلا بأس به اذا اقتضاه الدليل الدالّ باطلاقه على عدم جواز بيع الوقف .

فاذاً العمدة في جواز البيع على هذا المبنى أعني كون مرجع الوقف التمليك الترتيبي ، دعوى انصراف دليل المنع ، و قد عرفت أنّه محلّ اشكال .

و أشكل من ذلك ما يقال من أنّ الواقف و ان وقف عين الرقبة لكن حيث أنّه ممّا تزول خصوصيتها الشخصية ، فكأنّه وقفها بمراتبها و تعلّق نظره أوّلاً بشخصيّتها ثمّ بماليّتها ، فاذا لم يمكن الانتفاع بشخصيتها الخاصة فيتعلّق بماليّتها .

و فيه ما عرفت من أحكام المقبوض بالعقد الفاسد ، من أنّ المالية ليست موضوعاً للعناوين الخاصة كالوقفية و الملكيّة و البيعية و نحوها ، و انّما موضوعها المال الّذي هو موضوع المالية ، و لو سلّم فالمالية القائمة بالعين الخارجية الخاصة غير المالية القائمة ببدلها ، فالوقف المتعلّق بالاولى ليس له اطلاق يشمل الاخرى ، بل موضوعه الاولى لا غير ، فاذا بطل فيها احتيج في ثبوته للبدل الى موجب ، و قاعدة

الميسور الشرعية لو تمّ تطبيقها في المقام لا دليل عليها، و المجعولة من الواقف غير ثابتة و لا قرينة عليها، و ان لم يبطل كان مقتضى اطلاق دليل المنع عن البيع عدم جوازه.

هل البدل ملك للواقف أو للموجودين أو حكمه حكم الاصل في كونه وقفاً ؟

ثمّ انّه بناء على ما هو الظاهر من كون الوقف صدقة على نحو خاص يقتضي الدوام و التأبيد، فاذا خربت العين بطل التأبيد فبقي أصل التصدق على الموقوف عليه، لانّ الظاهر كون انشائه على نحو تعدّد المطلوب فيجوز لمن له الولاية عليها بيعها و يكون ثمنها صدقة عليهم، و كذا الحال في جميع الابدال الطولية، كما يجوز وقف الثمن أو ثمنه لعدم منافاة وقفه لعنوانه، اذ لا يخرج عن كونه صدقة عليهم، نعم لابدّ من أن يكون مصلحة في نظره.

أمّا بناء على كون الوقف تمليكاً ترتيبيّاً بشرط بقاء العين بلا بيع و لا نقل، كما يظهر من بعض عبارات شيخنا الاعظم قدس سره، فاذا خربت بطل القيد المذكور و بطلت الوقفية لفوات قوامها، فتبقى العين ملكاً ترتيبيّاً، و حينئذ لا مانع من بيعها، فاذا بيعت انتقل الثمن الى ملك البطن الموجود طلقاً، فلهم اتلافه و التصرف فيه بكلّ وجه على نحو سائر الاملاك، كما تنتقل العين الى مالك الثمن، فاذا انقرض البطن الموجود حين البيع انتقلت الى ملك البطن الثاني، كما لو لم يتحقّق البيع من البطن الاوّل، اذ هو مقتضى جعل الواقف.

هل يترتب حكم المبدل على البدل من جهة قصور مالكية الموقوف عليهم ؟

دعوى قيام الثمن مقامها في ذلك عارية عن الشاهد، اذ الملكية

المجعولة للبطن الثاني تعليقية ، و ليس لها وجود فعلي حال البـيع كـي يقوم الثمن مقام العين بلحاظها ، فلا وجه لثبوتها في الثمن بدل العين، بل لو قلنا بأنّ الملكيّة التعليقية تستوجب ثبوت حقّ فعلي للبطون اللاحقة ، و لذا لايجوز اتلافها ، لم يكن موجب لانتقال ذلك الحق الى الثـمن، اذ لا دليل عليه .

و لِمَ لا يكون كحقّ الجناية عند جماعة من الاصحاب لا يمنع من بيع العبد الجاني و لا ينتقل الى ثمنه ، نعم لم يُعرف قائل بذلك ، لكن هـذا المقدار لا يسوّغ الخروج عن القواعد بالالتزام ببدلية الثمن حتّى بلحاظ الملكيّة الشأنية أو بلحاظ الحقّ الناشيء منها لو قيل به ، و لعلّ ذلك كلّه امارة على عدم تماميّة المبنى المذكور .

و من ذلك يظهر لك الحكم ، بناء على ما يظهر من أكثر عبارات شيخنا الاعظم ﷫ في المقام ، من أنّ مرجع الوقف الى الملك الترتيبي بلا شرط عدم التصرف ،اذ لا فرق بين هذا و بين ما قبله فيما ذكرنا ، و ان كان بينهما فرق في جواز البيع على هذا المبنى لولا الدليل الشرعي التعبدي ، و عدم جوازه على الاوّل الاّ بعدم البطلان من جهة الخراب ، فلاحظ .

و كيف كان فالمبنى المذكور ضعيف ، فانّ الوقف على زيد ليس معناه تمليكه لا عرفاً و لا شرعاً ، كيف و قد يكـون المـوقوف عـليه لا يـقبل التملك كالحيوان و الجماد و الجهات ، و الالتزام بأنّ الوقف على ما يقبل التملّك مفهوماً يخالف الوقف على ما لا يقبله كما ترى خلاف مرتكزات المتشرعة .

و مثله الالتزام بقبول الحيوان و الجماد و نحوهما للملك ، فانّه خلاف المرتكز العقلائي ، اذ المذكورات عندهم قاصرة عن المالكية .

فالمتعيّن ما عرفت آنفاً ، من أنّ الوقف تصدق بالعين على نحو خاص على وجه التأبيد ، كما يستفاد من النصوص و الفتاوى و مرتكزات المتشرعة ، فاذا خربت العين الموقوفة بطل التأبيد و بقي التصدق الخاص ، لكون التأبيد ملحوظاً قيداً على نحو تعدّد المطلوب ، و التصدّق الخاص لا مانع من بيع موضوعه كما عرفت ، فاذا بيع كان الثمن بمنزلته في كونه صدقة خاصة بلا تأبيد فيجوز بيعه ايضاً ، و كذا الحال في جمع الابدال الطولية ، لأنّها بمنزلة المبدل منه .

هل يجب شراء المماثل للوقف بقدر الامكان أم لا ؟

و هل يجب شراء المماثل كما عن جماعة لكونه أقرب الى مقصود الواقف ؟ الظاهر العدم ، لعدم انضباط غرض الواقف و عدم الدليل على وجوب ملاحظة مقصوده فضلاً عن الاقرب اليه ، و انّما الواجب العمل بمضمون الوقف لدليل الصحة و النفوذ ، و لو مع عدم انطباق غرض الواقف عليه ، لجواز تخلّف الاغراض ، و ليس غرض الواقف كغرض الشارع الّذي يستتبع حكماً شرعيّاً تجب موافقته عقلاً ، فلاحظ .

المتصدى للتبديل الحاكم الشرعي أو الموقوف عليهم أو الناظر ؟

ثمّ انّك عرفت أنّه بناء على كون الوقف صدقة تكون ولايته لولي الصدقات ، الاّ أن يكون الواقف قد عيّن ناظراً فيكون هو المتولّي لها يتصرّف فيها حسبما يقتضيه نظره من بيع أو غيره على حسب اختلاف النظارة المجعولة عموماً و خصوصا ، و ان كان اطلاق النظارة منصرفاً الى غير البيع ، أمّا بناء على التمليك الترتيبي فولايته للبطن الموجود ، فلو بني على البيع كان المتولّي له البطن الموجود مع الحاكم .

أمّا الاوّل فللمك ، و أمّا الثاني فلأنّه القيم على المعدوم ، و المفروض كونه ملكاً لهم ايضاً ، بناء على صحّة دعوى ثبوت حق في العين لهم ينتقل الى بدله ، نعم لو نصب الواقف ناظراً على الوقف فالحكم كما سبق لا أقلّ من الشك الموجب للرجوع الى أصالة العدم .

و لو استبدل بالوقف فهل للناظر المنصوب من الواقف الولاية على البدل لتعلق حقّه بالعين فينتقل الى بدلها ، أو لا ، لانّ الولاية ليس من الحقوق و لذا لا تسقط بالاسقاط ، الاقوى الثاني ، نعم لو كان المستفاد من لسان جعل النظارة عمومها للبدل لزم العمل عليه .

جواز صرف ثمن نصف الخراب في النصف الباقي حتّى يمكن للبطن الثانيّ الانتفاع به

و لو خرب بعض الوقف جاز صرف ثمنه في مصلحة البعض العامر ، لأنّه من مصارف الصدقات ، أو لأنّه صرف في مصلحة المالكين ، و مثله صرفه في وقف آخر ، و هل يجب لو كان الباقي محتاجاً في انتفاع البطون اللاحقة الى ذلك ، وجهان ، أقواهما الثاني ، لعدم الدليل على ذلك لا شرعاً و لا بجعل الواقف .

و مثله لو توقّف انتفاع البطون اللاحقة بالوقف على صرف منفعته الحاضرة الّتي يستحقّها البطن الموجود ، نعم لو قامت القرينة على شرط الواقف ذلك تعيّن ، و لو اتّجر الولي بثمن الوقف المبيع كان الربح تابعاً للاصل صدقة أو ملكاً ترتيبيّاً للبطون ، لأنّه جزء البدل ، فكما أنّ الاصل مملوك للبطون ترتيبيّاً كذلك أبداله الطولية ، و ليس هو كالنماء الخارجي أو المنافع ، فانّها خارجة عن موضوع الوقف زائدة عليه بخلاف الربح كما لا يخفى .

هذا ، و قد عرفت فيما سبق أنّ جواز البيع في هذه الصورة لا يختصّ بنوع من الوقف بل يجري في أقسامه كافّة حتّى مثل وقف خانات الزوّار و كتب العلم و المدارس و الرباطات و نحوها .

نعم لا يجري في وقف المساجد ، لما عرفت من كون المقصود من وقفها ليس هو الانتفاع لينتفي بالخراب ، بل المقصود حفظ عنوان المسجدية و ايجاده ، و هو لا يختلف باختلاف حالتي العمارة و الخراب ، فلاحظ و تأمّل .

الصورة الثانية : أن يخرب الوقف بحيث يسقط عن الانتفاع المعتدّ به

أن يخرب بنحو يسقط عن الانتفاع المعتدّ به مع كونه ذا منفعة يسيرة ملحقة بالعدم عرفاً ، و ربّما يستظهر الجواز من القائلين بالجواز في الصورة الاولى ، بحمل الخراب فيها على ما يشمل هذه الصورة ، كما يستظهر المنع ايضاً منهم بحمل الخراب فيها على ما يسقط به عن الانتفاع بالمرّة ، لكن كلماتهم مختلفة ، فبعضها ظاهر في المنع هنا و بعضها ظاهر في الجواز .

و كيف كان فالمتّبع الدليل ، و قد عرفت أنّ مقتضى الوقف و اطلاق قوله عليه السلام : «لا يجوز شراء الوقف»[1] ، هو المنع ، الاّ أن يدّعى انصراف المنفعة المأخوذة موضوعاً لتأبيد الوقف عن غير المعتدّ بها ، و حينئذ يقصر النصّ عن شمولها ايضاً و هي غير بعيدة .

نعم بناء على كون المنع عن البيع تعبّدياً تشكل دعوى الانصراف كما عرفت في الصورة الاولى .

---

١ ـ الكافي ٧:٣٧، عنه الوسائل ١٩:١٨٥، و فيه : «لا يجوز شراء الوقوف».

هذا ، و لو كان الوقف وارداً على موضوع لوحظ معنوناً بعنوان خاص كالبستان و الدار و نحوهما ، فبناء على ما ذكرنا من كون الوقف صدقة على نحو التأبيد في الانتفاع ، فالمنفعة المحفوظة موضوعاً للتأبيد ان كان خصوص منفعة الدار و البستان فاذا بطلت بطل الوقف فيرجع صدقة على الموقوف عليهم فلا مانع من بيعه .

و بناء على ما ذكره شيخنا الاعظم رحمه الله من كونه ملكاً ترتيبيّاً فالملكية و ان أمكن تخصيصها بالمعنون على نحو تفوت بفوات عنوانه لكن المرتكزات العقلاء لا تساعد عليه ، فلا موجب لبطلان الوقف بفوات العنوان ، فلا مانع من تطبيق قوله عليه السلام : «لا يجوز شراء الوقف» ، فيتعيّن القول بعدم جواز البيع .

الصورة الثالثة : أن يخرب بحيث تقلّ منفعته

أن يخرب بنحو تقلّ منفعته من دون أن تلحق بالمعدوم ، و المنسوب الى صريح جماعة المنع ، بل نسب الى ظاهر الاكثر ، لما عرفت من أدلّة المنع من دون مخرج ، و دعوى الانصراف ممنوعة .

و عن الشيخ رحمه الله الجواز ، معلّلاً بأنّه لا يمكن الانتفاع به الاّ على هذا الوجه ، ذكر ذلك في النخلة المنقلعة ، لكن التعليل في مورده غير ظاهر ، لامكان الانتفاع بالنخلة في وجوه كثيرة ، و لو فرض العدم لم يكن الفرض ممّا نحن فيه ، و كذا لو كان مراده ما تقدّم في الصورة الثانية ممّا لوحظ فيه منفعة عنوان خاصّ فبطل ، لكن العبارة لا تساعد عليه .

و كيف كان فالاقوى المنع ، و أظهر منه ما لو قلّت منفعة العين من دون خراب .

الصورة الرابعة : أن يكون بيع الوقف أنفع للموقوف عليه

و المعروف المنع عن البيع بل لم يُعرف القول بالجواز الاّ من المفيد رحمه الله ، و عن السرائر أنّ كلام المفيد متأوّل .

كما أنّه لم يعرف له وجه مصحّح للخروج عن أصالة المنع الاّ رواية جعفر بن حيان عن أبي عبد اللّه عليه السلام : عن رجل وقف غلّة له على قرابته من أبيه و قرابته من أمه ـ الى أن قال : ـ قلت : فللورثة من قرابة الميت أن يبيعوا الارض ان احتاجوا و لم يكفهم ما يخرج من الغلّة ؟ قال عليه السلام : «نعم اذا رضوا كلّهم و كان البيع أعود لهم باعوا »[1] .

و ما في توقيع الحميري عن صاحب الزمان عليه و على آبائه أفضل الصلاة و السلام بعد ما سئل عن الخبر المأثور عن الصادق عليه السلام من أنّه :

---

١ ـ عن جعفر بن حيان قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل وقف غلة له على قرابته من ابيه و قرابته من امه و أوصي لرجل و لعقبه من تلك الغلة ليس بينه و بينه قرابة ثلاثمائة درهم في كل سنة و يقسم الباقي على قرابته من ابيه و قرابته من امه ، فقال : جائز للذي أوصي له بذلك ، قلت : أرأيت ان لم تخرج من غلة الارض التي أوقفها الا خمسمائة درهم ، فقال : أليس في وصيته أن يعطي الذي أوصي له من الغلة ثلاثمائة درهم و يقسم الباقي على قرابته من ابيه و قرابته من امه ، قلت : نعم، قال : ليس لقرابته أن يأخذوا من الغلة شيئا حتّى يوفي الموصي له ثلاثمائة درهم ثم لهم ما يبقي بعد ذلك.

قلت : أرأيت ان مات الذي أوصي له، قال : ان مات كانت ثلاثمائة درهم لورثته يتوارثونها بينهم فاما إذا انقطع ورثته لم يبق منهم أحد كانت الثلاثمائة درهم لقرابة الميت يرد ما يخرج من الوقف ثم يقسم بينهم يتوارثون ذلك ما بقوا وبقيت الغلة ، قلت: فللورثة من قرابة الميت أن يبيعوا الارض ان احتاجوا و لم يكفهم ما يخرج من الغلة ، قال : نعم إذا رضوا كلهم و كان البيع خيرا لهم باعوا . (الكافي ٧:٣٥، الفقيه ٤:١٧٩، التهذيب ٩:١٣٣، الاستبصار ٤:٩٩، عنهم الوسائل ١٩:١٩٢).

«اذا كان الوقف على قوم بأعيانهم و أعقابهم و اجتمع أهل الوقف على بيعه و كان أصلح لهم جاز بيعهم، و أنّه هل يجوز الشراء من بعضهم دون بعض، و عن الوقف الّذي لا يجوز بيعه، أجاب عليه السلام بأنّه اذا كان الوقف على امام المسلمين فلا يجوز بيعه و اذا كان على قوم من المسلمين فليبع كلّ قوم ما يقدرون على بيعه مجتمعين و متفرقين»[١].

لكن فيه ـ مع ضعف الاوّل بجهالة جعفر، و وجود الحسن بن محبوب السرّاد الّذي هو من أصحاب الاجماع في السند لم يثبت كونه كافياً في الحجية، فتأمّل، و اعراض الاصحاب عنهما ـ قصور دلالتهما، فانّ كون البيع خيراً لهم و أصلح غير ظاهر في الاعود الانفع، لما بينهما من العموم من وجه.

مع أنّ الاوّل لا اطلاق له يشمل صورة عدم الحاجة، لانّ ذكرها في السؤال يصلح قرينة على الاختصاص بها، و لا يقول به القائل.

و الثاني ظاهر في الجواز مطلقاً، و ذكر الاصلح في السؤال لا يصلح قرينة على تخصيص الجواب به لاختلاف الجواب في الحديثين من حيث الابتناء على السؤال، فلاحظ.

الصورة الخامسة: أن يلحق الموقوف عليهم ضرورة شديدة

ظاهر محكيّ عبارات جماعة جواز البيع، و ليس له دليل ظاهر يخرج به عن أدلّة المنع غير خبر جعفر بن حيان المتقدّم، و دلالته لا تخلو من نظر بل منع، لانّ الحاجة و عدم كفاية الغلّة فيه أعمّ من الضرورة الشديدة، بل بينهما عموم من وجه، و اطلاق التوقيع الشريف المتقدم

---

١ ـ الاحتجاج: ٤٩٠، عنه الوسائل ١٩: ١٩١.

و ان كان يقتضيه ، لكنّه بظاهره غير معمول به و مؤوّله ليس بحجة ، لعدم القرينة عليه .

فالعمل بأدلّة المنع متعيّن الّتي لايقدح فيها الاتّفاق المحكي في الانتصار على الجواز ، كالاجماع المحكي في الغنية عليه ، لوضوح الخلاف .

الصورة السادسة : أن يشترط الواقف بيعه عند الحاجة أو غيرها

جوّزه العلامة في محكي الارشاد ، و توقّف فيه في محكى القواعد ، و فصّل في محكي جامع المقاصد بين شرط البيع عند عروض المسوّغ له فيجوز و بين غيره فلا .

و الّذي ينبغي أن يقال : ان كان التأبيد المنافي للبيع من مقوّمات الوقف فاشتراط البيع يكون منافياً للوقف ، سواءاً كان بنحو شرط النتيجة أم بنحو شرط الفعل الّذي هو محلّ الكلام ، أمّا الاوّل فواضح ، لانّ المفروض المنافاة بين البيع و الوقف و القصد الى المتنافيين ممتنع ، و أمّا الثاني فانّه و ان لم يكن قصد الى انشاء نفس البيع حينئذ ، و انّما كان قصداً الى جعل الداعي اليه لكن ارادة شيء ايضاً تنافي ارادة جعل الداعي الى ما ينافيه .

و حينئذ يشكل قصد انشائه فضلاً عن صحّته ، نعم يصحّ لو كان راجعاً الى اناطة التأبيد بعدم عروض السبب المجوّز للبيع ، و حينئذ يكون الوقف منوطاً لا مطلقاً ، فاذا حدث السبب ارتفع الوقف فجاز البيع .

و أمّا تصحيحه بارجاعه الى شرط فسخ الوقف أوّلاً ثمّ يبيع ، ففيه انّ الفسخ ايضاً ينافي التأبيد كالبيع ، فلا يمكن شرط فعله في عقد الوقف ، و المائز بين الوقف و سائر العقود الّتي يجوز فيها شرط الفسخ أنّ

المجعول فيها مجرّد حدوث المضمون من دون نظر الى بقائه و دوامه ، فلا مانع من شرط الفسخ بنحو شرط النتيجة فضلاً عنه بنحو شرط الفعل ، بخلاف الوقف حسب الفرض من كون التأبيد و الدوام مقوّماً له و مجعولاً بجعل الواقف .

و كيف كان فصحّة الوقف المنوط بشيء يقتضيها العمومات ، و الاجماع على بطلان التعليق غير ثابت مع تحقق الخلاف ، و احتمال أنّ الخلاف كان لشبهة لا لجواز التعليق غير ظاهر ، فالعمل بالعمومات متعيّن .

و حينئذ يبطل الوقف بطروء السبب المنوط به الشرط ، فلا مجال للتمسك على بطلان الشرط بأنّه مخالف للسنة لقوله عليه السلام : « لا يجوز شراء الوقف» ، لانتفاء موضوعه ، و كذا لا حاجة في تصحيحه الى التمسك بقوله عليه السلام : «الوقوف على حسب ما يقفها أهلها» ، فانّ الرجوع اليه ايضاً فرع ثبوت موضوعه .

و أمّا لو لم يكن التأبيد المنافي للبيع من مقوّمات الوقف ، فلا مانع من الشرط المذكور ثبوتاً ، نعم يشكل صحّته بمخالفته للسنة كما عرفت و تصحيحه بعموم : «الوقوف على حسب ما يقفها أهلها» ، غير واضح ، لاحتمال انصرافه عن مثل ذلك ، و لا سيّما بملاحظة ما دلّ على عدم جواز بيع الوقف .

هذا اذا كان المقصود البيع لجميع الموقوف عليهم ، أمّا لو كان المقصود البيع لخصوص البطن الموجود بحيث يصرف في مصالحهم ، كان الشرط ايضاً منافياً للوقف .

فيتعيّن في رفع التنافي أن يكون الوقف ايضاً منوطاً بعدم طروء ما جعل شرطاً في البيع ، فيجري فيه ما عرفت من البناء على صحّته

للعمومات ، و أنّه لا مجال للتمسك بعموم : «لا يجوز شراء الوقف»[١] ، و لا بقوله عليه السلام :« الوقوف على حسب ما يقفها أهلها»[٢].

و يعضد ما ذكرنا الصحيح الحاكي لوقف أمير المؤمنين عليه السلام ماله في عين ينبع[٣] ، المتضمّن لشرط البيع في فروض متعدّدة ، فلاحظ .

الصورة السابعة : أن يؤدّي بقاؤه الى سقوط الانتفاع به بنحو يعتدّ به

أن يؤدّي بقاؤه الى خرابه المؤدّي الى سقوط الانتفاع به بنحو يعتدّ به علماً أو ظنّاً ، سواء أكان من جهة الاختلاف بين أربابه أم لا ، و اختار شيخنا الاعظم رحمه الله فيه جواز البيع وفاقاً لظاهر محكي كلام جماعة ، حيث أطلقوا جواز البيع عند خوف الخراب كالمبسوط و الغنية

---

١ ـ الكافي ٣٧:٧، عنه الوسائل ١٨٥:١٩، و فيه : «لا يجوز شراء الوقوف».

٢ ـ عن محمد بن يحيي قال : كتب بعض اصحابنا الى أبي محمد عليه السلام في الوقوف و ما روي فيها ، فوقّع : الوقوف على حسب ما يقفها اهلها ان شاء الله (الكافي ٣٧:٧، عنه الوسائل ١٧٥:١٩) .

رواها في الفقيه ١٧٦:٤، و التهذيب ١٢٩:٩، و فيهما : كتب محمد بن الحسن الصفار الى أبي محمد الحسن بن على عليهما السلام ، و فيهما : يوقفها.

٣ ـ عن عبدالرحمان بن الحجاج قال : بعث اليّ ابو الحسن موسى عليه السلام بوصية أمير المؤمنين عليه السلام ، و هى : بسم الله الرحمان الرحيم ، هذا ما أوصى به و قضى به في ماله عبدالله علي ، ابتغاء وجه اللّه ليولجني به الجنة و يصرفني به عن النار ، و يصرف النار عني يوم تبيضّ وجوه و تسودّ وجوه ، أن ما كان لى من مال بينبع يعرف لي فيها و ما حولها صدقة ـ الى أن قال :ـ فان أراد ـ الحسن بن على عليهما السلام ـ أن يبيع نصيباً من المال فيقضي به الدين فليفعل ان شاء و لا حرج عليه فيه ، و ان شاء جعله سري الملك ، و انّ ولد عليّ و مواليهم و أموالهم الى الحسن بن علي ، و ان كانت دار الحسن بن علي غير دار الصدقة فبدا له أن يبيعها فليبع ان شاء لا حرج عليه فيه ـ الحديث ، (الكافي ٤٩:٧).

و الوسيلة و فقه القرآن و الجامع و النزهة .

و استدلّ به بقصور أدلّة المـنع عـن شـمول الفـرض لعـدم الاجـماع و انصراف نصوص المنع ، لكن لو بـني عـلى كـون المـنع مـن البـيع مـن مقتضيات الوقف احتيج فـي دعـوى الجـواز الى دعـوى انـصراف نـظر الواقف .

و لكن دعوى انصراف رواية المنع و نظر الواقف عن ذلك غير ظاهرة ، و لا سيّما الثانية ، اذ لا قصور في المنفعة حين البيع الى زمان الخراب ، فلا موجب لانصراف جعل الواقف عنها ، و مجرّد كون الغرض من عدم البيع عدم انقطاع شخصه ، فاذا دار الامر بين انقطاع شخصه و نوعه و بين انقطاع شخصه فالثاني أولى ، انّما يجدي لو بني على لزوم العمل بغرض الواقف ، و قد عرفت أنّه مـمنوع و أنّ اللازم العـمل بـمجعول الواقـف لا غير ، و البيع ينافيه حسب الفرض ، فكيف يسوغ ارتكابه ، نعم يتمّ ذلك في آخر أزمنة بقائه ، اذ لا منفعة حينئذ تكون موضوعاً للـتأبيد ، لكـنّه فرض لا وجود له .

و أمّا الاشكال بأنّ البيع قبل ذلك قد يؤدّي الى ضرر البطن الموجود للزوم تعطيل الانتفاع الى زمان وجدان البدل أو كون البدل قليل المنفعة بالنسبة الى الباقي ، فلا يهمّ بعد ما كان البطن الموجود هو المتولّي للبيع المستلزم لاقدامه عـلى الضـرر المـذكور ، نـعم يـقدح ذلك فـي القـول بوجوب البيع حينئذ ، لأنّه على خلاف قاعدة نفي الضرر .

فالمتحصّل أنّ الكلام في جواز البيع في هذه المسألة ان كان في جواز البيع في آخر أزمنة بقاء التعمير المتّصل بزمان الخـراب ، فـالحكم هـو الحكم في الصورة الثانية و الدليل هو الدليل ، و ان كان في جواز البيع عند طروء ما يوجب العلم أو الظنّ بالخراب لو بقي مع تحقّق المنفعة له الى

زمان الخراب، فالوجه عدم الجواز امّا لكون البيع خلاف مقتضى الوقف أو لاطلاق ما دلّ على المنع عنه، و مجرّد عدم امكان البيع بعد ذلك بحيث لو لم يبع عند طروء الطاريء تعذّر بيعه و خرب بعد حين لا يسوغ البيع الممنوع عنه، و ليس المقام من التزاحم كي يؤخذ بأقلّ المحذورين.

و منه يظهر ضعف ما يقال من أنّ ابقاءه على حاله اضاعة و اتلاف للمال، فانّ ذلك لا يصلح مخصّصاً لادلّة المنع كما يظهر ضعف القول بجواز بيعه اذا أدّى بقاؤه الى خرابه الموجب لقلّة المنفعة مع الاعتداد بها عرفاً، فضلاً عمّا اذا لم يكن مؤدّياً الى ذلك الّذي لا يظن الالتزام بجواز البيع فيه من أحد، و مسوّغية الخراب المذكور في كلامهم انّما هو بملاحظة ما يترتّب عليه من فوات المنفعة كلاً أو بعضاً.

الصورة الثامنة: أن يقع الاختلاف بنحو لا يؤمن معه تلف المال أو النفس

قد يظهر من عبارة جماعة جواز البيع فيه، و كأنّه لمكاتبة ابن مهزيار الى ابي جعفر عليه السلام فيمن وقف ضيعة و جعل له عليه السلام في الوقف الخمس، يسأله عن رأيه في بيع حصّته أو تقويمها على نفسه أو يدعها موقوفة؟ فكتب عليه السلام اليه انّه يأمره ببيع حصّته عليه السلام أو تقويمها على نفسه، فكتب اليه:

«ان الرجل ذكر بين من وقف عليهم بقيّة الضيعة اختلافاً شديداً و ليس يأمن أن يتفاقم ذلك بينهم بعده، فان كان يرى أن يبيع هذا الوقف و يدفع الى كلّ انسان منهم ما وقف له من ذلك؟ فكتب عليه السلام بخطّه: و اعلمه أنّ رأيي له ان كان قد علم الاختلاف ما بين أصحاب الوقف أن بيع الوقف

أمثل ، فانّه ربّما جاء في الاختلاف تلف الاموال و النفوس»[١].

و فيه انّ قوله عليه السلام : «فانّه ربّما ـ الخ » ، ان كان تعليلاً لجواز البيع من الاختلاف كان مقتضى عموم التعليل جواز البيع بمجرّد احتمال تلف النفوس و الاموال و ان لم يكن بسبب الاختلاف ، و ان كان حكمة لجواز البيع عند الاختلاف كان اللازم البناء على جواز البيع من الاختلاف مطلقاً ، و على كلّ حال لا تصلح الرواية لاعتبار القيدين معاً ، اللّهم الاّ أن يبنى على اجمالها ، و يكون اجتماع القيدين هو المتيقّن.

الصورة التاسعة : أن يؤدّي الاختلاف الى ضرر عظيم و ان لم يكن نفساً أو مالاً

و من ذلك تعرف عدم دلالة الرواية على جواز البيع في الصورة التاسعة ، و هي أن يؤدّي الاختلاف الى ضرر عظيم و ان لم يكن نفساً أو مالاً ، و لا سيّما مع وضوح خلوّها عن التعرض لمطلق الضرر ، و عن اعتبار الاداء الواقعي الى ذلك ، لصراحتها في كفاية الاحتمال .

الصورة العاشرة : أن يلزم من بقاء الوقف فساد يستباح منه الانفس

و أمّا في الصورة العاشرة ، و هي أن يلزم من بقاء الوقف فساد يستباح

---

١ ـ عن على بن مهزيار ، قال : كتبت الى أبي جعفر الثاني عليه السلام : ان فلانا ابتاع ضيعة فأوقفها و جعل لك في الوقف الخمس و يسأل عن رأيك في بيع حصتك من الارض أو تقويمها على نفسه بما اشتريها أو يدعها موقوفة ، فكتب اليّ : اعلم فلانا اني آمره أن يبيع حقي من الضيعة و ايصال ثمن ذلك اليّ ، و ان ذلك رأيى ان شاء الله تعالى ، أو يقوّمها على نفسه ان كان ذلك أوفق له ، قال : فكتبت اليه : ان الرجل ـ الخبر ، (التهذيب ٩:١٣٠، الاستبصار ٤:٩٨، الكافي ٧:٣٦، الفقيه ٤:١٧٨، عنهم الوسائل ١٩:١٨٩).

منه الانفس ، فدلالة الرواية على الجواز فيها مبنيّة على ملاحظة الذيل تعليلاً ، لكنّك عرفت صراحتها في الاعتبار بتلف الاموال ، امّا منضمّة الى النفوس أو مستقلّة على الاحتمالين ، فلا وجه للاقتصار على النفوس فيها ، كما عرفت ايضاً صراحتها في الاكتفاء باحتمال الاداء ، و لا يعتبر الاداء الواقعي كما ذكر في الصورة المذكورة .

و حيث انّ الظاهر كون الذيل تعليلاً تكون الرواية ظاهرة في جواز البيع عند احتمال أداء بقائه الى تلف النفوس و الاموال ، فان أمكن العمل بها كان اللازم البناء على الجواز حينئذ ، و لا يتوقّف علي حصول الاختلاف و لا على العلم أو الظن بالاداء الى ذلك ، و لا كون التلف على الوقف و لا على الموقوف عليهم .

عدم تمامية الاستدلال بالرواية لجواز بيع الوقف في بعض الصور

لكن قد يشكل العمل بها من وجوه :

١ ـ عدم عمل الاصحاب بظاهرها .

و فيه انّ الظاهر من الاصحاب العمل بها و الاعتماد عليها ، و اختلاف كلماتهم في موضوع الجواز لاختلافهم في فهم المراد منها .

٢ ـ مخالفتها للقواعد المانعة من البيع ، و لا سيّما بملاحظة ما فيها من قسمة الثمن على البطن الموجود لا غير .

و فيه أنّه لا مانع من تخصيص القواعد العامّة بالدليل المقتضي لذلك .

٣ ـ عدم ظهورها في الوقف المؤبّد ، لعدم ذكر الاعقاب فيها .

و فيه انّ ظاهر اطلاق الوقف الحمل على المؤبّد ، و عدم التعرّض للاعقاب لاجل عدم كون السائل في مقام البيان من هذه الجهة .

٤ ـ عدم ظهورها في حصول القبض الّذي هو شرط الصحة .

و فيه انّ الظاهر من الوقف الوقف الصحيح الّذي يترتّب عليه الاثـر ، و عدم التعرّض للقبض لا يقدح لما سبق .

اللّهم الاّ أن يقال : ظـاهر قـول المكـاتب : «و جـعل لك فـي الوقـف الخمس» ، أنّ وقف الضيعة كان عـلى الامـام عليه السلام و عـلى غـيره وقـفاً واحداً ، و يشير اليه قوله بعد ذلك : «أو يدعها موقوفة» .

ثمّ انّ ظاهر قول المكاتب : «و يسألك عن رأيك في بيع ـ الخ » ، أنّـه سؤال على وجه الاستشارة لا على نحو الاستفتاء عن جواز بيع الوقف ، كما يشير اليه ذكر تقويم الحصّة على نفسه بالقيمة الّتي اشترى بها الارض في مقابل البيع و تركها موقوفة ، فتكون الرواية ظاهرة في مفروغية السائل عن جواز البيع ، و انّما كان تردّده في ترجيح احدى الخصال الثلاث على الباقيتين ، فسأل الامام عليه السلام عن ذلك ، كما يشير اليه ايضاً أمر الامام عليه السلام له بالبيع و ترجيحه على غيره من الخصلتين الاخريين اللّـتين احـداهـما التقويم على نفسه الاّ اذا كان أرفق ، فمرجع الجواب الى الارشاد الى لزوم البيع في قبال التقويم و قبال ترك الحصة موقوفة لا الى بيان حكم جواز بيع الوقف في قبال عدم جوازه .

نعم تدلّ على اعتقاد السائل جواز بيع مثل هذا الوقف ، و لذا سأل عن الارجح منه و من معادليه ، و تقرير الامام عليه السلام له على ذلك دليل عـلى صحّة اعتقاده ، و لا تعرّض في الرواية لموضوع جواز البـيع و عـدمه ، فلا بد حينئذ من الرجوع في تعيينه الى دليل آخر .

و من ذلك يظهر أنّ الوقف المسـؤول عـن بـيعه لمـا بـين أربـابه مـن الاختلاف قبل وقوعه و لا يؤمن تفاقمه بعده ، هو الوقف الاوّل ، و السائل فيه هو السائل الاوّل الّذي كان عالماً بجواز بيع الوقف ، فالسؤال فيه جار مجرى السؤال الاوّل ليس سؤالاً عن جواز بيعه شرعاً بل استشارة فـي

العمل بما هو أرجح من ابقائه و بيعه و تقسيم ثمنه على البطن الموجود ، و يشير اليه قوله عليه‌السلام في الجواب : «و أعلمه أنّ رأيي أن بيع الوقف أمثل ».

و المظنون ما عن المجلسي رحمه‌الله في بعض حواشيه من ارادة الوقف العرفي الحاصل بمجرّد إنشاء الوقف من دون قبض مصحّح له و موجب لترتّب أثره شرعاً عليه .

و المحصّل أنّ الرواية صدراً و ذيلاً و سؤالاً و جواباً ظاهرة في الاستشارة في بيع الوقف لا في الاستفتاء عن جوازه و عدمه ، و التعليل بأنّه لا يؤمن تلف النفوس و الاموال ذكر مرجّحاً لا مسوّغاً ، فلا مجال للتمسك بها على الجواز معه لاجمال موضوعها ، و ترك الاستفصال عن وجود المسوّغ لا محلّ له ، فلا مجال للتمسّك بها على الجواز معه لاجمال موضوعها ، لا أقل من عدم ظهورها في الاستعلام عن جواز بيع الوقف ، فلا تصلح للحجّية ، فلاحظ و تأمل .

ثمّ انّه لو بني على ظهور الرواية في جواز البيع مع اختلاف الموقوف عليهم ، فظهورها في قسمة الثمن على البطن الموجود لا مجال لانكاره ، فيتعيّن العمل به .

و ما عن ظاهر جماعة و صريح جامع المقاصد من أنّه يشترى بثمنه ما يكون وقفاً طرح لظاهر الرواية من غير وجه ظاهر الاّ المخالفة للقواعد المقتضية لكون ثمن الوقف يصرف في مصالح جميع طبقات الموقوف عليهم ، لكنّه غير كاف في رفع اليد عن ظاهر الدليل كما عرفت آنفاً ، فلاحظ ، هذا كلّه في الوقف المؤبّد .

الوقف و الحبس واحد ، و انّما الاختلاف بالدوام و عدمه فاذا انتفى الدوام كان حبساً .

وجه الضعف أنّ مفهوم الوقف مغاير لمفهوم الحبس ، فانّ الاوّل تصرّف في العين، و الثاني تصرّف في المنافع لا غير .

اذا انقرض الموقوف عليه فهل يرجع الوقف الى ورثة الواقف أو ورثة الموقوف عليه أو يصرف في سبيل اللّه ؟

ثمّ على تقدير الصحة وقفاً ، فاذا انقرض الموقوف عليه فهل يرجع الوقف الى ورثة الواقف أو ورثة الموقوف عليه أو يصرف في سبيل اللّه ، أقوال ، صرّح جماعة بالاوّل و نسبه في المبسوط الى روايات أصحابنا ، و كأن المراد بها رواية جعفر بن حيان المتقدّمة [١] ، لكنّها ظاهرة في شرط دفع ثلاثمائة درهم على الموقوف عليهم ، فلا تكون ممّا نحن فيه ، فلاحظ .

و اختار في الجواهر القول المذكور اعتماداً على مكاتبة ابن مهزيار بعد تفسيرها بمكاتبة الصفّار المتقدّمة ، فانّ الوقف بعد انقراض الموقوف عليهم من غير الموقّت فيبطل ، و ان كان قبل ذلك من الموقّت فيصحّ .

و فيه انّ ظاهر المكاتبة غير الموقّت أصلاً ، فلا تشمل ما نحن فيه ، بل هو من الموقت ، و دعوى أنّه قبل انقراض الموقوف عليه من الموقت و بعده غير موقت خلاف ظاهر المكاتبة ، و قوله عليه السلام : «مردود على الورثة»، لا يصلح قرينة على ذلك ، فضلاً عن ظهورها في خصوص ما

---

١ ـ الكافي ٣٥:٧، الفقيه ١٧٩:٤، التهذيب ١٣٣:٩، الاستبصار ٩٩:٤، عنهم الوسائل ١٩٢:١٩.

نحن فيه ، لانّ الظاهر أنّ ذكر الورثة بالخصوص لامر ما يقتضيه ، و الاّ فالبطلان يقتضي الردّ الى المالك ، سواء كان هو الواقف أم ورثته كما لا يخفى .

و اذ كانت الرواية قاصرة عن الدلالة على الرجوع الى الواقف أو ورثته فلا بد من العمل بالقواعد في تعيين المرجع ، فنقول :

الحكم بالنظر الى القواعد

ان كان مرجع الوقف على من ينقرض الى اشتراط رجوع الوقف الى الواقف بعد انقراض الموقوف عليه كما في الوقف الى مدة ، فهو و ان كان في نفسه لا يخلو من اشكال ، لانّ الوقف من الايقاعات اللازمة ، و لذا لايجوز فيه شرط الخيار عندهم ، و في الجواهر : «لم أعرف خلافاً في عدم جوازه عدا عبارة في محكي التحرير لم يعلم أنّها له أو للشيخ - انتهى » ، لكن يمكن تصحيحه بعموم : «الوقوف بحسب ما يقفها أهلها» [١] .

و ان لم يرجع الى الشرط ، بل كان المجعول مجرّد كونه وقفاً على فلان ، فان قلنا بكون الوقف تمليكاً للموقوف عليه فبانقراضه يكون ملكاً لوارثه كسائر أملاكه ، لانّ المانع من انتقال العين الموقوفة من أحد البطون الى وارثه و تعيّن انتقالها الى البطن الثاني هو جعل الواقف ، فاذا كان المفروض أنّ المالك لم يجعل بعد البطن المنقرض ملكيّة العين لاحد انتفى المانع عن التوارث ، فيكون مقتضى العموم ثبوته كما لا يخفى .

و ان قلنا بأنّه تصدّق بالعين على نحو خاص ، فان كان لحاظ الخصوصية على نحو تعدّد المطلوب ، فاذا بطلت بقي أصل التصدق

---

١ ـ التهذيب ٩:١٣٢، الاستبصار ٤:١٠٠ ، عنهما الوسائل ١٩:١٩٢.

فيجري عليها حكم الصدقة ، فيجوز صرف عينه في مصرف الصدقات كما يجوز ابقاؤه و صرف نمائه فيها ،كلّ ذلك بنظر الولي ، الاّ أن يفهم من الواقف ارادة الدوام فيتعين الثاني .

و كأنّه على ذلك بنى القائل برجوعها الى سبيل اللّه ، كما حكاه في المبسوط قولاً لبعض الاصحاب ، و نسب الى ابن زهرة في الغنية .

و ان كان على نحو وحدة المطلوب ، فاذا بطلت الخصوصية بطل أصل التصدق فترجع الى الواقف أو وارثه ، و لاجل أنّ الاصل في القيود أن تكون ملحوظة بنحو وحدة المطلوب تعيّن البناء في المقام علس الرجوع الى ورثة الواقف ، الاّ أن تقوم القرينة على خلاف ذلك .

و لا فرق فيما ذكرنا بين الوقف على من ينقرض غالباً و الوقف على غيره ممّا لا ينقرض غالباً ، و ان كان ظاهر المشهور في الثاني بقاء الوقف و صرف منافعه في وجوه البر ، و لعلّ مرادهم كما قيل صورة ما اذا ظهر من بعض القرائن التقييد بنحو تعدّد المطلوب ، فلاحظ .

المقام الثاني : في جواز بيعه و عدمه

بناء على أنّ المنع من البيع من مقتضيات الوقف لا يجوز بيعه ، و الفرق بين الوقف المنقطع و غيره في ذلك غير ظاهر ، و كذا بناء على اطلاق الدليل المانع من بيع الوقف كما هو الظاهر ، فانّ قوله عليه السلام : «لا يجوز شراء الوقف»[١] شامل للمنقطع كالدائم ، نعم بناء على خلاف ذلك كلّه ، فان قيل ببقائه على ملك الواقف لم يجز للموقوف عليه بيعه لعدم السلطنة و جاز للواقف فيكون العوض وقفاً ، كعوض الوقف الّذي بيع للخراب على ما هو ظاهر الاصحاب .

---

١ ـ الكافي ٧:٣٧، عنه الوسائل ١٩:١٨٥، و فيه : «لا يجوز شراء الوقوف».

أمّا لو اريد بيعه على أن يبقى موضوعاً لانتفاع الموقوف عليه، نظير بيع العين المستأجرة و العبد الجاني، فيكون حقّ الموقوف عليه باقياً بحاله في العين كما احتملناه آنفاً، فلا مانع منه ايضاً الاّ من جهة جهالة المدة الموجبة للغرر في البيع.

و لا فرق في ذلك بين البيع على الموقوف عليه أو من انتقل اليه حقّ الموقوف عليه بصلح أو غيره و غيرهما لاطّراد الغرر المانع، اللّهم الاّ أن يستفاد الجواز من رواية الحسين بن نعيم الدالّة على جواز بيع المالك داره الّتي جعل سكناها لرجل و لعقبه من بعده [1]، اذ الفرق بين المقام و موردها غير ظاهر على هذا المبنى، و قد عرفت اختلاف مفاد الوقف من حيث ملك الموقوف عليهم للمنفعة أو كونهم مصرفاً لها أو مجرّد البذل، وكذلك تكون السكنى فيرجع المنقطع اليها.

هذا، و لو انتقل حقّ الموقوف عليه الى الواقف بعقد أو نحوه جاز للواقف البيع حينئذ لعدم المانع، حيث انّ العين تنتقل الى المشتري بجميع منافعها بمجرّد البيع كما في سائر الموارد فلا اشكال.

و مثله ما لو اتّفق المالك و الموقوف عليه على نقل العين بمنافعها جميعاً، فانّه لا مانع عنه، نعم لابدّ أن يكون النقل المذكور على نحو

---

١ ـ عن الحسين بن نعيم قال: سألت أبا الحسن عليه السلام عن رجل جعل داره سكنى لرجل أيام حياته أو جعلها له و لعقبه من بعده هل هي له و لعقبه من بعده كما شرط؟ قال: نعم، قلت له: فان احتاج يبيعها؟ قال: نعم، قلت: فينقض بيع الدر السكنى؟ قال: لاينقض البيع السكنى، كذلك سمعت أبي عليه السلام يقول: قال أبوجعفر عليه السلام: لا ينقض البيع الاجارة و لا السكنى، و لكن تبيعه على أن الذي اشتراه لا يملك ما اشترى حتّى تنقضى السكنى كما شرط و كذا الاجارة ـ الخبر. (التهذيب ٩:١٤١، الاستبصار ٤:١٠٤، الفقيه ٤:١٨٥، الكافي ٧:٣٨، عنهم الوسائل ١٩:١٣٥).

الصلح ، اذ لا عقد سواه يتضمّن نقل المنافع في عرض نقل العين، و جهالة مقدار المنفعة لا تقدح في بيع الصفقة فضلاً عن المقام .

هذا ، و لو قيل بانتقاله الى ملك الموقوف عليه لم يجز للواقف البيع لعدم السلطنة ، و جاز للموقوف عليهم ان قلنا بانتقاله الى وارثهم أملاكه ، و ان قلنا بانتقاله الى الواقف أشكل البيع ، سواء أكان حقّ الانتقال الى الواقف باقياً في العين بعد البيع نظير حق الجناية ، أو منتقلاً منها الى العوض نظير حقّ الرهانة ، للجهل بزمان الانتقال المؤدّي الى الغرر ، و لو قيل بتعيّن صرفه في سبيل اللّه تعالى بعد انقراض الموقوف عليه لم يجز نقله على كلّ حال ، لأنّه بعد الانقراض يكون وقفاً على سبيل اللّه تعالى فيكون من الوقف المؤبّد .

نعم لو بني على جواز صرف عينه في سبيل اللّه تعالى فيكون من الوقف المؤبّد ، نعم لو بني على جواز صرف عينه في سبيل اللّه تعالى لكونه بعد الانقراض صدقة مطلقة لم يكن مانع من بيعه الاّ من جهة الجهالة .

فلو كانت المعاوضة عليه ممّا لاتقدح فيها الجهالة جازت بلا مانع أصلاً، لكن الولاية على ذلك للولي العام فلا يجوز المعاوضة عليه لا من الواقف و لا من الموقوف عليه الاّ على نحو العقد الفضولي ، فلاحظ و تأمّل ، و اللّه سبحانه الهادي الى سواء السبيل ، و هو حسبنا و نعم الوكيل، و لا حول و لا قوّة الاّ باللّه العليّ العظيم .

٢ ـ بيع امّ الولد

من جملة ما يوجب خروج المال عن كونه طلقاً صيرورة المملوكة امّ

ولد لسيّدها ، و عن مجمع البرهان و الحدائق أنّه لا خلاف فيه بين المسلمين.

و يدلّ عليه جملة من النصوص الآتي بعضها ، بل يظهر من رواية السكوني لقول أمير المؤمنين عليه السلام لمن أراد بيع أمته الّتي أرضعت ولده : «خذ بيدها فقل : من يشتري منّي امّ ولدي» ، كون البيع من المنكرات الاسلامية ، و كذا ظاهر الصحيح عن عمر بن يزيد : «لِمَ باع أمير المؤمنين عليه السلام امّهات الاوّل »[1] ، فلاحظ .

الكلام يقع في امور :

١ ـ الحاق سائر النواقل بالبيع

ألحق جماعة كما قيل بالبيع سائر النواقل ، و لو لم يكن على نحو المعاوضة ، بل عن الايضاح الاجماع عليه صريحاً ، و عن جماعة ارساله ارسال المسلّمات ، بل ظاهر ما في المقابيس من قوله رحمه الله : «الاستيلاد مانع من صحّة التصرفات الناقلة من ملك المولى الى ملك غيره ، أو المعرضة لها للدخول في ملك غيره كالرهن على خلاف في ذلك ـ انتهى» ، الاتّفاق عليه .

و يقتضيه ظاهر بعض نصوص المنع مثل رواية السكوني المتقدّمة ، فانّ الظاهر كون الاستنكار من جهة كونها ذات علقة خاصة به الّتي لا فرق

---

١ ـ عن عمر بن يزيد قال : قلت لابي ابراهيم عليه السلام : أسألك ؟ قال عليه السلام : سل ، قلت : لِمَ باع أمير المؤمنين عليه السلام امّهات الاولاد ؟ قال عليه السلام : في فكاك رقابهنّ ، قلت : و كيف ذلك ؟ قال عليه السلام : أيّما رجل اشترى جارية فأولدها ثمّ لم يؤدّ ثمنها و لم يدع من المال ما يؤدّي عنه اخذ ولدها منها فبيعت و أدّي ثمنها ، قلت : فيبعن فيما سوى ذلك من دين ؟ قال عليه السلام : لا ، (الكافي ٦:١٩٣، التهذيب ٨:٢٣٨، الفقيه ٣:٨٣، عنهم الوسائل ١٨:٢٧٨ و ٢٣:١٧٠).

في مانعيتها عن النقل بين البيع و غيره ، و مثله الصحيح ، بل ما فيه من التفصيل بين الدين الّذي هو ثمن رقبتها و غيره ايضاً كذلك ، فانّه لو كان يجوز نقلها بغير البيع لوجب لوفاء الدين و لما جاز السكوت عنه .

و بالجملة استفادة عموم الحكم لغير البيع من النواقل غير بعيدة ، و لاجلها يظهر ضعف ما جزم به بعض من الجواز بغير البيع للاصل و خلوّ كلام المعظم عنه.

و من ذلك يظهر عدم الجواز هاهنا لعدم قابليتها لاستيفاء الدين منها كما لا يخفى .

٢ ـ جواز بيعها بعد موت ولدها

انّه لا اشكال في جواز البيع بعد موت ولدها ، و يشهد به جملة من النصوص [١]، و لو كان قد خلّف ولدها ولداً ففي جريان حكم الولد عليه كما عن الايضاح لاصالة بقاء المنع أو لصدق الولد ، أو العدم لظهور الولد في الصلبي ، و اطلاق ما دلّ على جواز بيعها بعد موت الولد الحاكم على أصالة المنع ، أو التفصيل بين الوارث فكالولد للاشتراك في الجهة المقتضية للمنع ، و هو رجاء اعتاقها من نصيب الولد ، و غيره لما تقدّم في الثاني ، وجوه .

حكي الاخير عن المهذّب البارع و نهاية المرام ، و فيه انّ الجهة

---

١ ـ عن أبي بصير ، عن أبي عبدالله عليه السلام في رجل اشترى جارية يطؤها ، فولدت له أولاداً فمات ولدها ، قال : ان شاؤوا باعوها في الدين الذي يكون على مولاها من ثمنها ، و ان كان لها ولد قوّمت على ولدها من نصيبه ، و ان كان ولدها صغيراً انتظر به حتى يكبر ثم يجبر على قيمتها ، فان مات ولدها بيعت في الميراث ان شاء الورثة (التهذيب ٧: ٨٠، عنه الوسائل ١٨: ٢٧٩).

المقتضية للمنع غير واضحة ، بل على خلافها صحيح محمد بن مارد الآتي ، و ممّا ذكرنا في الوجه الثاني تعرف ضعف الاوّل .

٣ ـ المانع مطلق العلوق

لا ينبغي التأمّل في أنّ الولد ظاهر في المنفصل ، لكن لا اشكال و لا خلاف في كون المراد منه هنا ما يشمل الحمل لصحيح محمد بن مارد عن أبي عبد اللّه عليه‌السلام فيمن يتزوّج الجارية فتلد له أولاداً ثمّ يشتريها ثمّ يبدو له في بيعها ؟ قال عليه‌السلام : «هي أمته ان شاء باع ما لم يحدث عنده حمل و ان شاء أعتق»[1].

و رواية السكوني في مكاتبة يطؤها مولاها فتحبل ، فقال عليه‌السلام : «يردّ عليها مهر مثلها و تسعى في قيمتها ، فان عجزت فهى من امّهات الاولاد»[2].

و قد يتوقّف في دلالتها على الاكتفاء بمجرّد الحمل ، لانّ الحكم بكونها من امّهات الاولاد انّما كان بعد السعي و العجز عقيب الحمل ، و الغالب ولوج الروح حينئذ ، و فيه انّ العجز لا يتوقّف على طول مدّة السعي بل قد يتحقّق بدون السعي أصلاً .

ثمّ انّه لا ريب في صدق الحمل على المضغة ، و عن الرياض الاتفاق عليه ، و في المقابيس الاجماع ظاهراً عليه ، و يشهد به صحيح ابن الحجاج في عدّة الحامل[3]، و فى صدقه على العلقة تردّد عن بعض و منع

---

١ ـ التهذيب ٤٨٢:٧، عنه الوسائل ١٧٢:٢٣.

٢ ـ الكافي ١٨٨:٦، التهذيب ٢٦٩:٨، الاستبصار ٣٦:٤، الفقيه ٩٣:٣، عنهم الوسائل ١٥٨:٢٣.

٣ ـ عن عبدالرحمان بن الحجاج ، عن أبي الحسن عليه‌السلام قال : سألته عن الحبلى اذا طلّقها

عن آخرين، و لكن عن الايضاح و المهذب البارع الاجماع عليه، و يقتضيه المتفاهم العرفي منه.

كما يقتضي ايضاً صدقه على النطفة مع استقرارها في الرحم، كما عن النهاية و كذا عن المبسوط في باب العدة، مستدلاً بعموم الآية و الاخبار، نعم مع عدم استقرار النطفة في الرحم لايصدق الحمل بمجرّد وجودها لعدم كونها مبدأ نشوء آدمي، و مجرّد قابليّتها لذلك غير كاف، و لو شك في استقرار النطفة و عدمه تعيّن الرجوع الى الاصل، فلو أسقطت بعد ذلك انكشف بطلان البيع حين وقوعه.

٤ ـ الاكتفاء في صدق العنوان بكلّ ما يوجب الحاق الولد بالاب

الظاهر الاكتفاء في صدق العنوان بكلّ ما يوجب الحاق الولد بالاب، فلو كان الحمل بغير الوطء مثل الاراقة على الفرج أو بالمساحقة كفى ذلك في ترتّب الحكم المذكور، كما أنّه لو كان الوطء بالزنا لم يترتّب الحكم لكونه منفيّاً شرعاً.

اللّهم الاّ أن يتأمّل في تحقّق النفي مطلقاً، و المنصوص مجرّد عدم الارث، و قاعدة: الولد للفراش، ظاهرية، فلا مجال لها مع العلم باللقاح، فتدبّر.

٥ ـ اعتبار كون اللقاح حال الملك

الظاهر أنّه يعتبر في ترتّب الحكم المذكور أن يكون اللقاح حال

← زوجها فوضعت سقطاً تمّ أو لم يتمّ أو وضعته مضغة؟ فقال: كلّ شيء يستبين أنّه حمل تمّ أو لم يتمّ فقد انقضت عدّتها و ان كان مضغة. (الكافي ٨٢:٦، التهذيب ١٢٨:٨، الفقيه ٣٣٠:٣، عنهم الوسائل ١٩٧:٢٢.

الملك، فلو كانت ذات ولد بالتزويج قبل الملك لم يترتّب الحكم المذكور، كما يشهد به مضافاً الى اختصاص العنوان المذكور بذلك عرفاً، صحيح محمد بن مارد المتقدّم.

و من ذلك تعرف الاشكال فيما عن الشيخ و ابن حمزة من المنع حينئذ لصدق كونها امّ ولد، و بكونها في معرض الانعتاق، فانّ ضعف الوجهين ظاهر ممّا ذكرنا.

٦ـ كونها قاعدة كليّة

الّذي يظهر من النصوص كصحيح محمد بن مارد و رواية السكوني المتقدمتين و غيرهما أنّ المنع من بيع امّ الولد قاعدة كلية يرجع اليها عند الشك.

و لا ينافي ذلك صحيح زرارة أو حسنه عن أبي جعفر عليه السلام عن ام الولد قال عليه السلام: «أمة تباع و تورث و توهب، و حدّها حدّ الامة»[1]، لامكان حمله على موارد الاستثناء الآتية جمعاً عرفيّاً بين الادلّة.

و أمّا الاجماع على القاعدة المذكورة فينافيه الخلاف في بعض الموارد، اللّهم الاّ أن يكون اجماعاً على الحكم الظاهري، فيجب العمل بالقاعدة ظاهراً حتّى يثبت خلافها، لكن ثبوته حتّى مع قصور نصوص المنع عن اثباته في بعض الموارد غير ظاهر.

٧ـ مواضع الاستثناء من المنع عن البيع

المواضع القابلة للاستثناء صور كثيرة، مرجعها امّا الى ثبوت جهة

---

١ ـ الكافي ٦:١٩١، الفقيه ٣:٨٢، عنهما الوسائل ١٨:٢٧٩.

راجعة الى غيرها أولى بـالملاحظة ، أو راجـعة الى نـفسها ، أو قـصور المقتضي للحكم .

القسم الاول : ما تكون فيه جهة راجعة الى غيرها أولى بالملاحظة من حـق الاستيلاد

١ ـ اذا كان على مولاها دين و ليس له ما يؤدّي هذا الدين

و من الاوّل ما اذا كان على مولاها دين و ليس له ما يؤدّي هذا الدين ، و ظاهر الاقتصار المنع من بيعها مطلقاً ، و الاصحاب في الجـملة عـلى خلافه ، اذ الدين تارة يكون ثمن رقبتها و اخرى غيره ، و كلّ منهم تارة يكون مع حياة السيد و اخرى مع موته .

الف : فيما لو كان الدّين ثمنها

أمّا اذا كان ثمناً مع موت السيد فالمعروف جواز البيع ، و عن جماعة حكاية الاتّفاق صريحاً أو ظاهراً عليه .

و يقتضيه الصحيح عن عمر بن يزيد : « قلت لابي ابراهيم عليه السلام : أسألك عن مسألة ؟ فقال عليه السلام : سل ، قلت : لِمَ باع أمير المؤمنين عليه السلام امّهات الاولاد ؟ قال عليه السلام : في فكاك رقابهنّ ، قلت : و كيف ذلك ؟ قال عليه السلام : أيّما رجل اشترى جارية فأولدها ثمّ لم يؤدّ ثمنها و لم يدع من المال ما يؤدّي عنه اخذ ولدها منها فبيعت و أدّي ثمنها ، قلت : فيبعن فيما سوى ذلك من دين؟ قال عليه السلام : لا »[1] .

و في رواية اخرى لعمر بن يزيد عن أبي الحسن عليه السلام عن امّ الولد تباع

---

١ ـ الكافي ٦:١٩٣، التهذيب ٨:٢٣٨، الفقيه ٣:٨٣، عنهم الوسائل ١٨:٢٧٨ و ٢٣:١٧٠.

في الدين؟ قال: «نعم في ثمن رقبتها»[1]، و مقتضى اطلاق الثانية الجواز حتّى مع حياة المولى، كما هو مذهب الاكثر بل قيل لم يعرف الخلاف فيه صريحاً، و عن نهاية المرام و الكفاية أنّ المنع فيه نادر، لكنّه لا يخلو من قوّة.

و في الجواهر وجّهه بأنّ الصحيح الاوّل مختصّ بحال موت المولى بقرينة قول السائل: «و لم يدع ـ الخ»، و ظاهره حصر الجواز بذلك، امّا لظهوره في جواب السؤال عن جميع موارد بيع امّهات الاولاد و امّا لظهور ذيله في نفي الجواز في غير مورد السؤال فيقيّد به اطلاق غيره.

و فيه منع ظهورها في الحصر بكلا وجهيه، فانّ قول السائل في السؤال الاوّل: «لِمَ باع ـ الخ»، و ان لم يكن ظاهرا في تولّيه عليه السلام للبيع بنفسه لاستبعاد ذلك، و لانّ جهة السؤال فيه هي الرخصة و الاذن في البيع، فالظاهر منه ارادة السؤال عن اذنه في البيع، و هو و ان كان أعمّ من صورة حياة المولى و موته الاّ أنّه لمّا كان سؤالاً عن قضية خارجية لم يكن له عموم يشمل حال الحياة، فلا يكون متعرّضاً لجميع موارد البيع، فلا يكون الجواب تخصيصاً لجميع الموارد بصورة تحقّق القيود المذكورة، و أمّا الذيل فانّما يتعرّض لنفي الجواز في صورة وجود الدين مع عدم كونه من ثمن الرقبة، و لا تعرّض فيه لنفيه في غير مورد الحياة، فلاحظ.

و قد يوجّه ايضاً بأنّ ظاهر قوله: «تباع في الدين»، كون البائع غير المولى فتختصّ بحال الموت، و فيه منع ذلك، و لو سلّم فلا يدلّ على الاختصاص بالموت لامكان فرض الحجر على المولى بنحو لا يتولّى بنفسه البيع، فتأمّل.

---

١ ـ الكافي ٦:١٩٢، التهذيب ٨:٢٣٨، عنهما الوسائل ١٨:٢٧٨.

و قد يوجّه ايضاً بأنّ بين الرواية المذكورة و صحيح ابن مارد عموماً من وجه ، لاختصاصه بحال حياة المولى و اختصاصها بدين رقبتها ، و في مورد التعارض يرجع الى قاعدة المنع عن بيع امّ الولد الّتي دلّ عليها النص و الاجماع .

و فيه انّ الرواية من قبيل دليل العنوان الثانوي ، و صحيح ابن مارد بقرينة كون المنع استثناء من دليل جواز بيع الامة من قبيل دليل العنوان الاولي ، و فى مثل ذلك يكون دليل العنوان الثانوي مقدّماً على دليل العنوان الاولي ، مضافاً الى أنّ قاعدة المنع عن بيع امّ الولد قد عرفت أنّها غير ثابتة عند قصور النصّ و الاجماع كما هو المفروض ، و كون المستفاد من النصوص و الفتاوى أنّ الاستيلاد يثبت لها حقّاً مانعاً عن نقلها الاّ اذا كان هناك حقّ أولى منه بالمراعاة مسلّم ، حيث يكون دليل المنع باقياً على حجّيته لا مع سقوطه بالمعارضة كما هو المفروض .

و ربّما يستدلّ على الجواز بأنّ قاعدة المنع معارضة بقاعدة وجوب اداء الدين فيرجع الى عموم السلطنة .

و فيه انّ قاعدة وجوب أداء الدين لا تصلح لتشريع بيع ما لا يصلح بيعه ، فالعمل بها انّما يكون على تقدير صحّة البيع ، فدليل المنع عن البيع بلا معارض .

نعم قد يشكل العمل بالرواية لضعف السند بالمعلى بن محمد البصري ، لكن مع أنّه من مشايخ الاجازة كما عن الذخيرة ، تمكن دعوى انجباره بالعمل ، فلاحظ .

تفريعات :

١ ـ لو قيل بالجواز فالظاهر أنّه لا اشكال في اعتبار اعسار المولى ،

و لاجله يخرج عن اطلاق الرواية المقتضي لجواز بيعها و لو مع امكان الوفاء من مال آخر.

و من ذلك يظهر أنّ مقتضى الاقتصار على المتيقّن في التقييد جواز بيعها و لو مع وجود ما يستثنى في وفاء الدين، كما صرح به في الجواهر و حكاه عن الحدائق، و ان كان اطلاق الاكثر يقتضي المنع فيه ايضا، اللّهم الاّ أن ينزل كلامهم على ذلك و لا سيّما بملاحظة ندرة الفرض، اذ لا أقلّ من وجود ثيابه و ثيابها، فلاحظ.

٢ ـ لو كانت امّ الولد من المستثنيات في الدين لحاجة المولى اليها لا ينبغي الاشكال في عدم وجوب بيعها، لما دلّ على عدم لزوم بيع المستثنيات، و الظاهر جوازه لما عرفت من الاطلاق الّذي لا اجماع يقتضي الخروج عنه.

و يحتمل المنع، لانّ جواز البيع حيث يكون تقديماً لحقّ الديان على حقّ الاستيلاد، فاذا فرض سقوط حقّ الديان بمزاحمة حقّ المالك لم يكن ما يوجب اهمال حقّ الاستيلاد، لكنّه لا يرجع ذلك الى دليل يقيّد به الاطلاق.

٣ ـ لو مات و لم يخلف الاّ ما يحتاج اليه في تجهيزه، جاز البيع لصدق قوله عليه السلام في الصحيح: «و لم يدع من المال ما يؤدّي عنه»، لانّ ذلك المقدار ممّا لا يؤدّى به الدين.

٤ ـ لا اشكال في جواز بيعها اذا كان ثمنها الّذي يملكه البائع باقياً في ذمّة المالك، و الحق به ما اذا استدان المالك مالاً فاشترى به الجارية كما هو ظاهر محكي السرائر في باب ابتياع الحيوان، و كأنّه بدعوى صدق كون بيعها حينئذ في ثمن رقبتها.

و فيه انّ الظاهر من الثمن ما يملكه البائع بازاء المثمن و المال المذكور

انّما كان ديناً بالقرض و مملوكاً في ذمّة مالكها به لا بالبيع .

و اوضح منه ما لو استدان لوفاء ثمنها ، اذ بيعها لوفاء الدين المذكور ليس في ثمنها و لا عوضاً عن ثـمنها كـما لا يـخفى ، و لذا خـصّ فـي المقابيس الحكم بالصورة الاولى .

٥ ـ صرّح في المقابيس بأنّه لا فرق بين بقاء جـميع الثـمن فـي ذمّـته و بعضه ، و نسبه الى اطلاق الاخبار و كلام معظم الاصحاب ، لصدق قوله عليه السلام : «و لم يؤدّ ثمنها» في الحالين ، كما صرّح ايـضاً بـعدم الفـرق بـين مساواة القيمة للثمن الباقي فـي الذمـة و نـقصانها عـنه و زيـادتها عـليه لاطلاق النص و الفتوى .

و فى جواز بيع الجميع مع امكـان الايـفاء بـالبعض كـما هـو ظـاهر المقابيس عملاً بالاطلاق ، أو لزوم الاقتصار على البعض لو أمكن كما عن الشهيد في غاية المراد لعدم صدق البـيع فـي ثـمن الرقـبة بـالنسبة الى الجميع نظير الاكراه عـلى البـعض الّـذي لا يـدعو الى فـعل الجـميع ، وجهان ، أقواهما الثاني .

٦ ـ لو كان الثمن مؤجّلاً لم يجز البـيع قـبل حـلول الاجـل و ان كـان مأيوساً من أداء الثمن عند الاجل كما صرّح به في المقابيس ، لانّ ذلك زمان الاستحقاق ، و لامكان الابراء أو تبرّع آخر بالاداء .

و فيه انّ زمـان الاسـتحقاق زمـان الشـراء و الاجـل زمـان اسـتحقاق المطالبة ، فالعمدة اذاً دعوى انصراف الاطلاق .

و من ذلك يظهر الحكم مع عدم مطالبة البائع بالثمن أو رضاه بالتأخير ، فانّ ذلك لا يمنع من صدق الدين في ثمن رقبتها الاّ أن يدّعى الانصراف .

٧ ـ لو تبرّع متبرّع بالاداء فان سلّم الى البائع سقط الديـن فـلا يـجوز البيع ، و ان بذله للورثة ففي جواز البيع وجهان مبنيّان على انصراف الدليل

عن ذلك و عدمه، ثمّ على الثاني لا يجب عليهم القبول، أمّا على الاوّل فوجوبه مبنيّ على وجوب قبول الهبة مقدّمة لاداء الدين كما هو غير بعيد، حيث لا يلزم حرج على المديون فيه.

و لو رضي البائع باستسعائها ففي جواز البيع نظر كما في المقابيس، و الوجه فيه احتمال انصراف دليل الجواز، كما لو رضي البائع بالتأخير، و لو دار الامر بين بيعها على من تنعتق عليه أو بشرط العتق و بيعها على غيره، ففي وجوب تقديم الاوّل اشكال لابتنائه على الانصراف ايضاً، فلو أدّى الولد ثمنها الى البائع بطريق الشراء كان الحكم كما ذكر، و ان كان بطريق التبرع امتنع بيعها كما عرفت، و ان أدّى ثمن حقّه انعتق نصيبه و يعلم حكم نصيب غيره من مسائل السراية.

٨ ـ لو امتنع المولى من أداء الثمن فهل يجوز للبائع أخذها مقاصة، اشكال، لقصور أدلّة المقاصة عن شمول المورد ممّا لا يجوز بيعه، و لذا قال في المقابيس: «و الوجه المنع عملاً بظاهر الفتاوى أو تغليباً لجانب الحرمة، و لانّ المنع لحقّ الولد فلا يسقط بامتناع المولى».

٩ ـ لو كان الدين شرطاً في عقد بيعها فجريان حكم الثمن عليه غير ظاهر، وكون الشرط له قسط من الثمن ليست بنحو يعتمد عليها فيما نحن فيه ممّا كان من أحكام الثمن نفسه.

و على العدم لو فسخ البائع فان قلنا بعدم منع الاستيلاد من الاسترداد بالفسخ استردت كما سيأتي الكلام فيه، و ان قلنا بمنعه انتقل الى القيمة، و لو قلنا بجواز بيعها حينئذ لاداء القيمة بدعوى دخولها في الثمن المجوّز اداؤه لبيعها أمكن القول بجواز استردادها بالفسخ، لأنّه لابدّ من نقلها على كلّ حال، لكنّ الاظهر عدم جواز بيعها لاداء بدلها، لأنّه ليس من بيعها في ثمنها.

۱۰ ـ الظاهر من الثمن في الصحيح و غيره ما يكون عوضاً عنها ، سواء أكان في عقد البيع أم الصلح ، فلاحظ و تأمّل .

ب : فيما لو كان الدّين غير ثمنها

هذا و لو كان الدين الّذي على مولاها في غير ثمنها ، فمع حياة المولى لا يجوز بيعها اجماعاً على الظاهر ، و في المقابيس أنّه مجمع عليه بين الاصحاب ، و يقتضيه النصوص المتقدمة .

و أمّا مع موته ، فالمعروف من مذهب الاصحاب كما في المقابيس المنع ايضاً ، و يقتضيه مضافاً الى أنّه مقتضى استصحاب المنع الثابت حال الحياة روايتا عمر بن يزيد [1] الدّالتان عليه منطوقاً و مفهوماً ، و بهما يخصّص مفهوم المقطوعة ليونس في امّ ولد ليس لها ولد ، مات ولدها و مات عنها صاحبها ، قال عليه السلام : « و ان كان لها ولد و ليس على الميت دين فهي للولد ، و اذا ملكها الولد عتقت بملك ولدها » [2]، مع أنّ في حجيتها اشكالاً ظاهراً .

و عن المبسوط و ابن حمزة و جماعة من المتأخرين ، منهم الشهيدان

---

۱ ـ عن عمر بن يزيد قال : قلت لابي ابراهيم عليه السلام : أسألك ؟ قال عليه السلام : سل ، قلت : لِمَ باع أمير المؤمنين عليه السلام امّهات الاولاد ؟ قال عليه السلام : في فكاك رقابهنّ ، قلت : و كيف ذلك ؟ قال عليه السلام : أيّما رجل اشترى جارية فأولدها ثمّ لم يؤدّ ثمنها و لم يدع من المال ما يؤدّي عنه اخذ ولدها منها فبيعت و أدّي ثمنها ، قلت : فيبعن فيما سوى ذلك من دين ؟ قال عليه السلام : لا ، (الكافي ۶:۱۹۳، التهذيب ۸:۲۳۸، الفقيه ۳:۸۳، عنهم الوسائل ۱۸:۲۷۸ و ۲۳:۱۷۰).

عن عمر بن يزيد عن أبي الحسن عليه السلام قال : سألته عن امّ الولد تباع في الدين ؟ قال : نعم في ثمن رقبتها ،(الكافي ۶:۱۹۲، التهذيب ۸:۲۳۸، عنهما الوسائل ۱۸:۲۷۸).

۲ ـ الكافي ۶:۱۹۳، التهذيب ۸:۲۳۹، الاستبصار ۴:۱۳، عنهم الوسائل ۲۳:۱۷۳.

في اللممة و الروضة، جواز البيع مع كون الدين مستغرقاً للتركة، و دليله في قبال اطلاق الروايتين السابقتين غير ظاهر، الاّ دعوى أنّه مع استغراق الدين لا ارث، فلا سبيل الى انعتاقها الّذي هو الغرض من المنع عن بيعها، فينتفي المنع لانتفاء عتقه.

لكن في نكاح المسالك قال: «و جوابه أنّ الاقوى انتقال التركة الى الوارث مطلقاً و ان منع من التصرف فيها على تقدير استغراق الدين فينعتق نصيب الولد منها، كما لو لم يكن دين، و يلزمه أداء قيمة النصيب من ماله».

و قد استشكل عليه في المقابيس:

تارة بأنّ المستفاد ممّا دلّ على أنّها تنعتق من نصيب ولدها انّ ذلك بلا تقويم عليه.

و اخرى بظهوره في النصيب المستقرّ الثابت فلا يشمل المقام ممّا يتعيّن صرفه في وفاء الدين.

و ثالثة بأنّ الملك المستوجب للانعتاق على المالك لا يعمّ الملك في المقام، اذ ليس عليه دليل معتبر و لا نصّ عليه الاصحاب، و لذا لا ينعتق العبد الموقوف على من ينعتق عليه، بناء على صحة الوقف و انتقال الموقوف الى الموقوف عليه.

و رابعة بأنّ لازم ما ذكره أنّه متى كان نصيب الولد من التركة بأجمعها ما يساوي قيمة امّه يقوّم عليه، سواء أكان هناك دين مستغرق أم لا، و سواء أكان نصيبه الثابت في الباقي بعد الديون و نحوها يساوي قيمتها أم لا، وكذلك لو ساوى نصيبه من الاصل نصفها أو ثلثها أو غير ذلك، فانّه يقوّم نصيبه عليه كائناً ما كان، و يسقط من القيمة نصيبه الباقي بعد الدين ان كان له نصيب و يطلب بالباقي، و هذا لا يقوله أحد و ينبغي القطع ببطلانه.

هذا، و لاجل انحلال ما في المسالك الى دعويين: احداهما الانعتاق من نصيب الولد، و ثانيتهما التقويم عليه بأخذ قيمتها منه، كان الاشكال الثاني و الثالث راجعين الى منع الدعوى الاولى.

بتقريب أنّه لو كان مستندها ما دلّ على انعتاق امّ الولد من نصيب ولدها، فيدفعها ظهور النصيب فيما زاد على الدين، و هذا محصّل الاشكال الثاني، و ان كان مستندها ما تضمّن عدم ملك العمودين و أنّه اذا ملكهم انعتقوا فيدفعها ظهور الملك في الملك المطلق، و هذا محصّل الاشكال الثالث، و على تقدير تماميّتهما لا يكون مانع عن البيع، لانّ المنع انّما يكون مقدمة للانعتاق فاذا بطل بطل، فيتمّ ما ذكره الشيخ رحمه الله من جواز البيع.

و أمّا الاشكال الاوّل و الاخير، فمرجعهما الى منع الدعوى الثانية، أعني التقويم على الولد، لأنّه خلاف ظاهر أدلّة الانعتاق من نصيب الولد كما هو الاشكال الاوّل، أو الى أنّه لم يقل أحد به كما هو الاشكال الاخير، و يدفع الاشكالين أنّ عدم استقرار النصيب أو الملك انّما يتمّ لو أمكن استيفاء الدين منها، و لكنّه خلاف اطلاق ما دلّ على المنع من بيعها في الدين.

اللّهم الاّ أن يستظهر من النصيب ما زاد على الدين كما تقدم في بعض عبارة تقرير الاشكال، لا مجرّد النصيب الّذي لا يتعلّق به حقّ الدين فلا يندفع الاشكال الاوّل، لكن هذه المناقشة لاتتوجّه على دفع الاشكال الثاني، و في اندفاعه كفاية في اثبات المطلوب، كما أنّ دفع الاشكالين الاخيرين يتعيّن باقامة الدليل على كون القيمة على الولد، فان لم يمكن ذلك يتعيّن الالتزام بالاشكالين و البناء على الاستسعاء.

تفريعات

و الّذي ينبغي التعرض لامور:

١ ـ عدم جواز بيعها في الدين غير ثمن رقبتها بعد موت مولاها، لما عرفت من الروايتين.

٢ ـ انعتاق نصيب الولد منها، لعموم ما دلّ على انعتاق نصيب الولد منها، بناء على عمومه لصورة وجود الدين المستغرق، و عدم تأتي المناقشة فيه، بدعوى ظهوره في النصيب الزائد على الدين، كما ذكر في الاشكال الثاني و استظهره في الجواهر، أو لعموم ما دلّ على أنّ الولد لا يملك والديه و أنّه اذا ملكه انعتق عليه.

الاّ أن يناقش فيه تارة بعدم عمومه للجزء، و فيه انّ مناسبة الحكم و الموضوع تقتضي عمومه له كالكلّ، أو يناقش فيه بأنّ الانعتاق مناف لحق الديان، و فيه ما يأتي من عدم ثبوت كون امّ الولد موضوعاً لحقّ الديان فتأمّل.

٣ ـ سراية العتق في نصيب باقي الورثة المساوي لنصيبه من باقي التركة كما لعلّه ظاهر عبارة المسالك المتقدّمة، بقرينة ذكر التركة في المقام، و قوله: «كما لو لم يكن دين»، و ان كان الكلام على هذا المعنى محتاجاً الى تقدير، كما يظهر بالتأمّل، و وجهه ليس أدلّة السراية لاختصاصها بالعتق الاختياري، بل عموم ما دلّ على انعتاقها من نصيب الولد الشامل للمقام، بناء على اندفاع المناقشة المتقدمة.

و دعوى أنّ لازم ذلك خروج نصيبه من باقي التركة عن كونه موضوعاً لحقّ الدين مع كونه في نفسه موضوعاً له غير ظاهرة، اذ الدليل المذكور يرجع مفاده الى تعيين حصّته من التركة في امّ الولد و تعيين حصّة غيره في

غيرها من التركة ، فيبقى موضوعاً لحق الديان على ما كان ، غاية الامر أنّ حق الدين المتعلق بباقي التركة كان موضوعه لولا الدليل المذكور مشتركاً بين الورثة ، و لاجل الدليل المذكور صار مملوكاً لغير الولد ، فيدلّ الدليل المذكور على القسمة الشرعية بين الورثة و ليس فيه تضييع أو مزاحمة لحق الديان .

هذا اذا قلنا انّ امّ الوالد موضوع لحق الديان ، أمّا اذا لم نقل بذلك لزم سقوط بعض الدين على نسبة ام الولد و بقاء بعضه على نسبة الباقي ، و لا فرق بين أن تبقى الشركة على نحو الاشاعة في الجميع ، أو تختصّ امّ الولد بولده فتنعتق عليه كما هو مفاد الدليل المذكور .

و بالجملة لا فرق في العمل بدليل انعتاقها من نصيب الولد بين نصيبه من امّه و نصيبه من مجموع التركة في اللوازم و الاحكام ، فلا يظهر وجه استغراب الانعتاق في الثاني دون الاوّل ، فلاحظ ، فالعمدة حينئذ في دفع ذلك منع عموم الدليل لما نحن فيه كما سبق .

نعم يدلّ على السراية ما في موثق أبي بصير من قوله عليه السلام : «و ان مات مولاها و عليه دين قوّمت على ابنها ، فان كان ابنها صغيراً انتظر به حتّى يكبر ثمّ يجبر على قيمتها»[1] ، و ظاهره السراية في جميع الامة و ان زادت قيمتها على نصيب الولد من تمام التركة ، و عن الشيخ العمل به في النهاية و لكنّه مهجور عند الاصحاب ، و لاجل ذلك يسقط عن الحجيّة .

٤ ـ لو بني على عموم أدلّة الانعتاق من نصيب الولد لما نحن فيه ، فهل يكون ذلك بعوض عليه أو عليها أو لا ؟

لا يظهر دليل على أحد الامرين كما اعترف به في الجواهر في مبحث

---

١ ـ التهذيب ٧: ٨٠، عنه الوسائل ١٨: ٢٧٩.

الاستيلاد ، و مقتضى الاصل العدم ، و رواية ابي بصير و ان دلّت على التقويم على الولد لكنّها مهجورة كما عرفت .

٥ ـ هل يتعلّق بها حق الديان أو لا ؟

لا ينبغي التأمّل في أنّ مقتضى المنع عن بيعها في الدين عدم تعلّق حق الدين بعينها ، و قد عرفت أنّه لا دليل على ثبوت العوض ، فقد دلّ بالالتزام على كونه موضوعاً للحق المذكور ، نعم لو قام دليل على ثبوت العوض فقد دلّ بالالتزام على كونه موضوعاً للحق المذكور ، اذ لا موجب له الاّ ذلك كما لا يخفى ، كما أنّه لو ثبت كونها موضوعاً لحقّ الديان امتنع التمسك على انعتاقها بما دلّ على أنّ الولد اذا ملك عموديه انعتقا ، لقصوره عن المزاحمة للحق المذكور ، و كذا ما دلّ على انعتاقها من نصيب الولد ، و انّما أمكن الرجوع اليهما بعد قيام الدليل على أنّها لا تباع في الدين المانع من تعلّق الحق بعينها ، و لولاه امتنع الرجوع اليهما .

نعم لو أمكن أن يستفاد منهما ثبوت العوض ليكون موضوعاً للحق المذكور ارتفعت المزاحمة حينئذ و كانا حاكمين علي أدلّة تعلّق الحق بهما ، لكنّه مجرّد فرض كما عرفت .

٦ ـ اذا لم يتعلّق حقّ الديان بعينها و لا بعوضها ، فهل يتعلّق بمنافعها كما عن بعض احتمالها في امّ ولد المفلس أو لا ؟

مقتضى عموم ما دلّ على تعلّق الدين بالتركة الاوّل ، لانّ المنافع منها و لو تبعاً للعين ، و لذلك لا يجوز للوارث التصرّف فيها الاّ بعد وفاء الدين الكاشف ذلك عن تعلّق الدين بما كان تركة للميت و لو تبعاً ، و تبعيّتها للعين في المليكة لا تقتضي تبعيّتها لها في عدم تعلّق حق الديان ، فالعموم المذكور بلا معارض .

و المتحصل ممّا ذكرنا أنّ امّ الولد لاتباع في الدين، و ينعتق نصيب الولد منها بلا تقويم عليه، و تستسعى في و فاء الدين، فان عجزت سقط الدين عنها أصلاً.

و من ذلك يظهر لك الوجه فيما ذكره في المقابيس، من: «انّ الجمع بين فتاوى الاصحاب و أدلّتهم مشكل جدّاً، حيث انّهم قيّدوا الدين بكونه ثمناً و حكموا بأنّها تعتق على ولدها من نصيبه و أنّ ما فضل من نصيبه ينعتق بالسراية و تسعى في أداء قيمته ـ انتهى».

٧ ـ المشهور انّه اذا انعتق شقص من رقّ قهراً استسعي في الباقي، و مقتضي ذلك أنّها تستسعى فيما زاد على نصيب الولد، و المشهور أنّ هذا الاستسعاء ليس على سبيل الوجوب بل باختيار الرقّ، و الكلام في ثبوت العموم الدالّ على ذلك بنحو يشمل ما نحن فيه غير ظاهر لنا عاجلاً، فليوكل الى كتاب العتق، و اللّه سبحانه وليّ التوفيق.

٢ ـ بيع امّ الولد في الكفن

و منه على ما حكي في المسالك و عن الروضة ما لو مات مولاها و لم يخلف ما يكفن به فتباع في الكفن، و استدلّ له بأنّ المنع عن البيع لغاية العتق المتوقّف على الارث و هو مفقود مع الحاجة الى الكفن، فانّ الارث بعد الكفن.

و فيه انّ عموم ما دلّ على أنّها لا تباع في غير ثمن رقبتها يقتضى عدم جواز بيعها في الكفن فتكون موروثة و ان لم يكن للميت كفن، و لا بأس بتخصيص ما دلّ على أنّ الارث بعد الكفن اذا قام عليه الدليل و اذا تحقّق الارث تحقّقت الغاية المقصودة من المنع عن بيعها، مع أنّك عرفت أنّها حكمة غير مطّردة و لا منعكسة.

نعم بناء على جواز بيعها في مطلق الدين يمكن تقريب الجواز هنا، بأنّ الكفن مقدّم على الدين فاذا جاز بيعها في الدين جاز بيعها في الكفن بطريق أولى.

بل يمكن تقريب الجواز و لو قيل بالاختصاص بالدين الّذي يكون ثمن رقبتها، لانّ الكفن مقدّم عليه كغيره من أفراد الدين، و قد عرفت في المسألة السابقة أنّه اذا لم يكن للميّت الاّ مقدار الكفن و امّ الولد جاز بيعها في فكاك رقتتها، فانّه لو كان حقّ الاستيلاد مقدّماً على الكفن كان اللازم صرف مقدر الكفن في وفاء الدين، و عدم جواز بيع امّ الولد لذلك محافظة على حقّ الاستيلاد.

و فيه انّ الدليل المانع عن بيعها في غير ثمن رقبتها مخصّص لما ذكر، لانّه دالّ على عدم جواز بيعها في الكفن الموجب ذلك لتقدّم حقّ الاستيلاد على الكفن عند الدوران بينهما، مع أنّ الكفن مقدّم على ثمن الرقبة كغيره من أفراد الدين، فلا مجال لدعوى تقدّم الكفن على حقّ الاستيلاد.

و بالجملة لو كانت قاعدة تقدّم الكفن على الدين قطعيّة لا تقبل التخصيص كان ما دلّ على جواز بيعها في ثمن رقبتها دالاً بالالتزام على جواز بيعها في الكفن، فيتعيّن تخصيص ما دلّ على أنّها لا تباع الاّ في ثمن رقبتها بحمله على ما عدا الكفن، و حينئذ يتعيّن بيعها في الكفن اذا لم يترك الميت ما يكفن به سواها.

و ان كانت ظنّية قابلة للتخصيص تعيّن تخصيصها بما دلّ على أنّها لا تباع الاّ في ثمن رقبتها المقتضي لعدم جواز بيعها في الكفن اذا لم يكن للميت سواها، فانّه أولى من تخصيص عموم المنع عن بيعها في غير ثمن رقبتها بما دلّ على تعلّق حقّ الكفن بالتركة المقدّم على حقّ الدين،

لما عرفت في المسألة السابقة من كون العموم الثاني من قبيل العنوان الاولي ، و الاوّل من قبيل العنوان الثانوي المقدّم على ما كان من قبيل الاوّل .

و من ذلك يظهر أنّه لو لم يترك ما يكفن به و كان عليه ثمن رقبتها جاز بيعها في وفاء الثمن و لا يجوز بيعها في الكفن ، و تقديم الكفن على الدين مختصّ بصورة الامكان و القدرة على الكفن ، و المفروض سلب القدرة عليه لدليل المنع عن بيعها في غير الثمن .

نعم يمكن أن يقال بوجوب استسعائها في ثمن الكفن لتعلّق حقّ الكفن بمنافعها كما سبق في المسألة السابقة .

٣ـ جناية ام الولد

و من الاوّل ما اذا جنت على غير مولاها ، فان كانت الجناية بعد وفاته فلا اشكال في حكمها ، لأنها امّا حرّة خالصة أو رقّ كذلك فيجري عليها حكمها .

و ان كانت حال حياته فان كانت عمداً فان اقتصّ منها حيث يجوز القصاص فلا اشكال ، و ان اختار الاسترقاق فان كانت ملكاً طلقاً لا يلحقها حكم الاستيلاد كما صرّح به في الجواهر و غيرها ، بل الظاهر الاجماع عليه ، و يقتضيه ظاهر النص الدالّ على الاسترقاق ، مضافاً الى عموم السلطنة المانع من العمل بالاستصحاب لو تمّت أركانه ، مع أنّها غير تامّة ، لانّ المنع السابق كان موضوعه النقل من مولاها و المقصود اثباته النقل من المسترق .

هذا ، و ان كانت الجناية خطأ ، فالمنسوب الى المشهور أنّ المولى مخيّر بين دفعها أو دفع ما قابل الجناية منها الى المجنيّ عليه ، و بين

فدائها بالارش كما عن الشيخ و غيره ، أو بالاقلّ منه و من قيمتها كما عن المشهور ، و عن المختلف و استيلاد المبسوط و السرائر أنّه لا خلاف في أنّ الجناية تتعلّق برقبتها .

لكن عن ديات المبسوط أنّها على سيّدها بلا خلاف الاّ من أبي ثور ، فانّه جعلها في ذمّتها تتبع بها بعد العتق ، و ما ذكره من نفي الخلاف في كون الجناية على سيّدها غير ظاهر ، و عن المختلف نسبته الى الغفلة ، و في المقابيس الظاهر ارادة نفي الخلاف من العامة ، و لا يبعد أن يكون المراد من كونها على سيّدها أنّها في ماله و لو كان نفس الامة في مقابل نفي الخسارة عنه أصلاً ، بأن تكون في ذمّتها و ليس المراد وجوب فدائها من ماله سواها .

و كيف كان يدلّ على المشهور اطلاقات أدلّة أحكام جناية مطلق المملوك الشامل لامّ الولد كغيرها ، اذ الاستيلاد لا يخرجها عن الملك ، و عن المبسوط و المهذّب و المختلف لزوم فدائها على سيدها.

و يشهد له رواية مسمع : «امّ الولد جنايتها في حقوق الناس على سيدها» ، و المرسل عن علي عليه‌السلام : «المعتق على دبر فهو من الثلث ، و ما جنى هو و امّ الولد فالمولى ضامن لجنايتهما»[1] ، و عن الصدوق رواه مسنداً[2] ، و يؤيّدهما أنّ الاستيلاد مانع من أحد طرفي التخيير فيتعيّن الاخر .

لكن الروايتين محتملتان لما عرفت في توجيه عبارة ديات المبسوط ، و المؤيد مصادرة ، اذ الاستيلاد انّما يمنع عن نقل المالك لا عن كلّ ما

١ ـ رواه في التهذيب ٨:٢٦٢، الاستبصار ٤:٣١ باسناده عن الحسين بن علوان ، عن عمرو بن خالد ، عن زيد بن علي ، عن آبائه ، عن علي عليهم‌السلام ، عنهما الوسائل ٢٣:١٢٦.

٢ ـ رواه الصدوق في الفقيه ٣:٧٣ مرسلاً ، عنه الوسائل ٢٣:١٢٦.

يؤدّي اليه، كترك الفداء المؤدّي الى الاسترقاق أو التخلية و التسليم الى المجني عليه ليسترقّها، بل النقل انّما ينطبق على الاسترقاق الّذي هو فعل المجنيّ عليه لا أقلّ من عدم الاطلاق في دليل المنع عن النقل على نحو يشمل أحد طرفي التخيير ليتعيّن الطرف الاخر كما ذكره المؤيد.

لو كانت الجناية على مولاها

هذا، و لو كانت الجناية على مولاها بما يوجب صحّة استرقاقها لو كان المجني عليه غير المولى، ففي المسالك و عن الروضة عن بعض الاصحاب جواز بيعها، و المشهور المنع لاطلاق دليل المنع و جواز الاقتصاص لا يستلزم ذلك، و الاسترقاق الجديد لا معنى له، لأنّه تحصيل الحاصل و ثبوته حكمة لا دليل عليه، و كون المنع ارفاقاً بها و هو لا يناسب الجاني عمداً مجرّد تخمين في تخمين.

و لو كانت الجناية علي مولاها خطأ، ففي المسالك و عن الروضة عن بعض الاصحاب جواز بيعها، و وجهه غير ظاهر الاّ ما قد يستفاد من وجه الجواز في العمد ممّا عرفت ضعفه فيه فضلاً عن المقام، كيف و في رواية غياث: «اذا قتلت امّ الولد سيّدها خطأ فهي حرة»[1]، و نحوها رواية وهب ابن وهب[2].

نعم في رواية حماد: «اذا قتلت امّ الولد سيّدها خطأ سعت في

---

١ ـ التهذيب ١٠: ٢٠٠، الرقم: ٧٩١، الاستبصار ٤: ٢٧٦، عنهما الوسائل ٢٩: ٢١٥.

٢ ـ عن وهب بن وهب، عن جعفر بن محمد، عن أبيه، عن علي عليهم السلام أنّه كان يقول: اذا قتلت امّ الولد سيدها خطأ فهي حرّة و لا تبعة عليها، و ان قتلته عمداً قتلت به (الفقيه ٤: ١٢٠، التهذيب ١٠: ٢٠٠، عنهما الوسائل ٢٩: ٢١٦ و ٤٠٤).

قيمتها»[١]، و لعلّ المراد السعي فيما زاد على حصة الولد كما احتمله في المقابيس.

و حكى عن الشيخ في الاستبصار الجمع بينهما بحمل الثانية على صورة موت الولد و كون السعي على وجه الجواز، و في التهذيب بغير ذلك، و الامر سهل بعد اعراض الاصحاب عن الثانية.

٤ ـ فيما اذا جنى عليها

و منه ما اذا جنى عليه حرّ بما فيه ديتها، فيحتمل أن يجري عليها حكم غيرها من تخيير المولي بين امساكها و لا شيء له، و بين أخذ الدية فيتعيّن دفعها الى الجاني لئلا يلزم الجمع بين العوض و المعوّض، و يحتمل المنع من أخذ الدية لئلا يلزم استحقاق الجاني لرقيّتها، لأنّه من النقل الممنوع عنه، و يحتمل منع الجاني من أخذها و ان أخذ مولاها الدية.

و ينبغي ابتناء الحكم على أنّ أخذ الدية من الجاني على نحو المعاوضة على الرقبة فيتعيّن الثاني، أو على نحو تدارك الفائت بسبب الجناية فيتعيّن الاوّل، و هذا هو الظاهر.

و من ذلك يظهر أنّه لا وجه للاحتمال الاخير.

٥ ـ فيما اذا لحقت بدار الحرب ثمّ استرقت

و منه ما اذا لحقت بدار الحرب ثمّ استرقت.

---

١ ـ التهذيب ١٠:٢٠٠، الاستبصار ٤:٢٧٦، عنهما الوسائل ٢٩:٢١٥.

٦ـ لو أسرها المشركون ثمّ استعادها المسلمون

و منه ما لو أسرها المشركون ثمّ استعادها المسلمون فجرت عـليها القسمة ، ثمّ علم أنّها ملك لمسلم ، بناء على عدم نقض القسمة ، و يغرم لمالكها من بيت المال كما عن الشيخ في النهاية .

٧ـ ما اذا كان مولاها ذميّاً فخرج عن الذمة

و منه ما اذا كان مولاها ذميّاً فخرج عن الذمة ، فانه تباح أمواله .

٨ـ ما اذا كان مولاها ذميّاً فقتل مسلماً

و منه ما اذاكان مولاها ذميّاً فقتل مسلماً ، فانه يدفع و أمواله الى أولياء المقتول .

فانّ عموم دليل صحّة الاسترقاق في جميع هذه الصور بلا معارض ، و المنع نقلها لايشمله ، و بعد الاسترقاق لا مانع عن التصرف فيها بالبيع و نحوه ، لاختصاص أدلّة المنع عن بيع المولى الى الولد و نقلها عن ملكه ، فلا تشمل بيع غيره ، و تمام الكلام في هذه الموارد موكول الى محالها ، و اللّه سبحانه ولي التوفيق .

القسم الثاني : ما تكون فيه جهة راجعة الى نفسها أولى بالملاحظة من حـق الاستيلاد

١ـ ما لو أسلمت و هي عند ذمّي

و منه ما لو أسلمت و هي أمة ذمّي ، فانّها تباع عليه ، بناء على أنّ حقّ اسلامها الموجب لنفي سلطنة الكـافر عـليها أولى مـن حـقّ الاسـتيلاد

المعرض للعتق، كما عن موضع من المبسوط و ابن ادريس، و تبعهما الفاضلان في الشرائع و التحرير، و الشهيدان في غاية المراد و المسالك، و السيوري في الكنز، و الصيمري و الكركي في موضع من شرحه على ما حكي عنهم، بل عن ظاهر الاولين نسبته الى الاصحاب.

لانّ دليل المنع عن بيع امّ الولد و ان كان بينه و بين ما دلّ على لزوم بيع العبد المسلم عموم من وجه الاّ أنّ الثاني أولى بالتقديم لموافقته للاعتبار، و لحكومة قاعدة نفي السبيل على جلّ القواعد، و لقوله صلى الله عليه و آله: «الاسلام يعلو و لا يعلى عليه»[1]، أو لانّ دليل المنع ظاهر في مجرّد نفي سلطنة المولى على البيع، فلا ينافي ثبوت السلطنة لغيره على البيع كما هو ظاهر الدليل الآمر ببيع العبد المسلم، لا أقلّ من امكان الجمع بين الدليلين بالحمل على ذلك، و لو سلّم التساوي فالمرجع عمومات صحة البيع.

و فيه انّ ظاهر دليل المنع قصور امّ الولد عن البيع لا قصور سلطنة المالك فيبطل الوجه الثاني، و كذا الاوّل، لانّ قاعدة نفى السبيل و نحوها و كذا ما دلّ على الامر ببيع العبد المسلم لا تعرض فيه لاثبات القابلية، و انّما يدلّ على نفي سلطنة الكافر على المسلم و سلطنة غير المولى على البيع من دون تعرّض فيه لاثبات القابلية، و لذا لا يصلح لتشريع بيع العبد الآبق أو المجهول أو غيرهما ممّا لايكون واجداً لشرائط البيع.

و حينئذ فالدليل الدالّ على نفي القابلية ـ و منه ما دلّ على المنع من بيع امّ الولد ـ بلا معارض كي تنتهي النوبة الى الترجيح أو الرجوع الى دليل آخر، و كأنّه لذلك ذهب جماعة الى المنع عن بيعها، و ان اختلفوا

---

١ ـ الفقيه ٤:٢٤٣، الرقم: ٧٧٨، عنه الوسائل ٢٦:١٤، ٢٦:١٢٥.

في أنّها لا تقرّ في يده و تكون عند امـرأة مسـلمة كـما عـن مـوضع مـن المبسوط ، أو يتركها الحاكم عند من يرى تركها عنده مصلحة كما عن النزهة ، أو يحال بينهما و تكسب في يـد غـيره كـما عـن التـذكرة ، أو تستسعى في قيمتها كما عن المختلف و المهذّب و غيرهم ، أو غير ذلك كما عن غيرهم .

نعم قد يستشكل في عموم الدليل للبيع الّذي لا يكون باختيار المولى كما هو في الفرض كذلك ، و حينئذ لا مانع من اطلاق الدليل الدالّ على أنّها تباع قهراً على مولاها ، و لذا جاز نقلها بالاسترقاق كما تقدم فيما لو جنت عمداً على غير مولاها .

و فيه انّ مورد صحيح عمر بن يزيد[١] بيع التركة لوفاء دين المولى ، و من المعلوم أنّ حق الديّان يتعلق بالتركة و يقتضي وجوب بيعها لوفاء الدين كالعين المرهونة ، فكيف يمكن اختصاص المنع بالنقل الاختياري ، نعم يختصّ المنع بما كان للمولى و لو كان مـن وكـيله أو وليّـه و لو قـهراً ، فلا يشمل النقل الّذي لا يكون للمولى أصلاً و لا يضاف اليه بتّاً كاسترقاق ولي المجني عليه على ما تقدّم ، فانّه لا ينسب للمولى أصلاً ، من هـنا يظهر الاشكال في كلام بعض الاعيان ، فراجع و تأمّل .

---

١ ـ عن عمر بن يزيد قال : قلت لابي ابراهيم عليه السلام : أسألك ؟ قال عليه السلام : سل ، قلت : لِمَ باع أمير المؤمنين عليه السلام امّهات الاولاد ؟ قال عليه السلام : في فكاك رقابهنّ ، قلت : و كيف ذلك ؟ قال عليه السلام : أيّما رجل اشترى جارية فأولدها ثمّ لم يؤدّ ثمنها و لم يدع من المال ما يؤدّي عنه اخذ ولدها منها فبيعت و أدّي ثمنها ، قلت : فيبعن فيما سوى ذلك من دين ؟ قال عليه السلام : لا ، (الكافي ١٩٣:٦، التهذيب ٢٣٨:٨، الفقيه ٨٣:٣، عنهم الوسائل ٢٧٨:١٨ و ٢٣: ١٧٠).

٢ ـ لو عجز مولاها عن نفقتها

و منه ما اذا عجز مولاها عن نفقتها، فعن اللمعة و الكنز و غيرهم أنّها تباع على من ينفق عليها، لكن دليله غير ظاهر، و أهميّة حق النفقة من حق الاستيلاد غير ظاهرة في قبال عموم المنع، و ان لزم الضرر و عموم نفي الضرر لا يصلح لتشريع الصحة، لأنه ناف محض لا مثبت.

فان قلت: ليس المرفوع عدم الصحة الثابت لبيع امّ الولد بل المرفوع تقييد البيع الصحيح بعدم كون المبيع امّ الولد، و التقييد أمر وجودي لا عدمي.

قلت: مرجع تقييد موضوع الصحة الى منع عموم الصحة لغير المقيد و نفى الصحة مع عدم القيد، فرفع التقييد راجع الى تعميم الصحة لغير المقيد، و هذا المعنى لا يمكن اثباته بقاعدة نفي الضرر، لأنّها نافية محضة لا مثبتة كما عرفت، و لاجل ذلك لاتصلح لتصحيح بيع المجهول أو الابق أو ما لا ينموّل اذا لزم من عدم صحة بيعها الضرر.

نعم تقييد موضوع الحكم التكليفي كوجوب الصلاة قائماً و ان كان راجعاً ايضاً الى عدم تعميم الوجوب للصلاة جالساً، لكن الضرر يستند الى ثبوت الوجوب للصلاة قائماً لا لعدم الوجوب للصلاة جالساً، و اذا كان الضرر مستنداً الى الحكم الوجودي أمكن رفعه بقاعدة نفي الضرر، لكن لا طريق الى ثبوت الوجوب لغير المقيد الاّ قاعدة الميسور أو نحوها، و الاّ فقاعدة نفي الضرر ايضاً لا تصلح لاثباته، فلاحظ و تأمل.

و احتمال دليل المنع لترجيح حقّ الاستيلاد على حقّ المالك لا على حقّها خلاف الظاهر منه كما عرفت، فالبناء على المنع من بيعها مطلقاً أوفق بالعمل بالقواعد.

٣ ـ بيعها على من تنعتق عليه

و منه بيعها على من تنعتق عليه، كما عن الجماعة المتقدّم اليهم الاشارة، و كأنّ وجهه انصراف دليل المنع الى الملك المستقرّ، اذ غير المستقرّ فيه تعجيل حقّها، و مثله بيعها بشرط العتق فوراً، و يلحق بهما بيعها على من أقرّ بحرّيتها فانّه يوجب الانعتاق ظاهراً فلا يستقرّ ملك المشتري عليها، لكن دعوى الانصراف الى الملك المستقرّ غير ظاهرة.

مضافاً الى أنّ العتق الظاهري لايجدي مع احتمال الملك واقعاً و لا سيّما مع العلم التفصيلي ببطلان البيع، امّا لكون المبيع حرّاً، أو لكونه امّ ولد كما تقدّم نظيره في بيع العبد المسلم على الكافر.

٤ ـ ما لو مات قريبها و كان له تركة و ليس له وارث سواها

و منه ما لو مات قريبها و كان له تركة و ليس له وارث سواها، فعن الجماعة المتقدّم اليهم الاشارة جواز بيعها حينئذ، فتعتق و ترث الباقي بعد ثمنها لما سبق من أنّ فيه تعجيل حقّها، و لانّ البيع بلا اختيار من المولى لأنّها تباع قهراً عليه.

و لكنّك قد عرفت اشكاله و وجوب البيع لا يصلح لتشريعه و لا يحفظ قابلية المحل كما سبق في المورد الاوّل.

القسم الثالث: ما يكون الاستيلاد فيه مسبوقاً بحقّ للغير

و جعل هذا القسم في مقابل القسم الاوّل باعتبار سبق الحق على الاستيلاد فيه و تأخّره عنه في القسم الاوّل، و ان كانا مشتركين في كون الجواز فيهما لجهة راجعة الى غير امّ الولد، و قد ذكر له موارد:

١ ـ ما اذا كان علوقها بعد الرهن

منها ما اذا كان علوقها بعد الرهن، و عن الشيخ رحمه الله و جماعة من المتأخّرين جواز بيعها، و علّل بعدم الدليل على بطلان حكم الرهن بالاستيلاد اللاحق، فانّ بين دليل المنع عن بيع امّ الولد و دليل وجوب بيع العين المرهونة و ان كان عموماً من وجه، لكن لما لم يترجّح تخصيص أحدهما على تخصيص الآخر كان المرجع بعد التساقط الاصل المقتضي لبقاء أثر السابق و انتفاء أثر اللاحق، و ليس المقام من التزاحم، اذ الشك في تمامية المقتضي لكلّ من الحكمين، و مقتضى اعمال قواعد التعارض في العامين من وجه الرجوع بعد التساقط الى حجّة و لو كانت أصلاً كما في المقام.

و فيه انّك عرفت في أوّل المبحث أنّ دليل المنع عن بيع امّ الولد مانع عن صلاحيّتها لتعلق حقّ الرهانة بها، و لا فرق في هذه الجهة بين الحدوث و البقاء، فبمجرّد طروء الاستيلاد يسقط حق الرهانة فيكون دليل المنع بلا معارض.

نعم لو كان دليل المنع مختصّاً بالنقل الاختياري كان حق الرهانة مانعاً عن ثبوت حكم الاستيلاد، لعدم كون بيع العين المرهونة اختياريّاً، لكنّك عرفت في المورد الاول من القسم الثاني ضعف الدعوى المذكورة.

و أضعف من ذلك دعوى انصراف دليل المنع عن صورة سبق حق الرهانة.

و من ذلك تعرف أنّ السبق الزماني لا أثر له في ترجيح دليل حكم السابق، نعم لو كان كلّ واحد من الحكمين بحيث لو ثبت كان رافعاً لموضوع الآخر كان دليل السابق مقدّماً في نظر العرف على دليل اللاحق

و ان لم يكن مقدّماً عقلاً في مقام التزاحم .

و ممّا ذكرنا يظهر وجه ما عن الشرائع و السرائر من المنع مطلقاً .

و أمّا ما عن الشهيد رحمه الله في بعض تحقيقاته من الفرق بين وقوع الوطء باذن المرتهن فلا يجوز البيع و بدونه فيجوز ، فكأنّه مبني على أنّ الاستيلاد انّما يكون مانعاً من البيع اذا كان محلّلاً ، لكنّه غير ظاهر لاطلاق أدلّة المنع .

لو كان علوقها بعد افلاس المولى و الحجر عليه

و من ذلك تعرف الحكم فيما لو كان علوقها بعد افلاس المولى و الحجر عليه ، و كانت فاضلة عن المستثنيات لجريان ما سبق فيه بعينه ، فانّ أدلّة المنع في الاستيلاد رافعة لموضوع حقّ الغرماء ، و لا مجال للرجوع الى استصحاب أثر الافلاس فانّه لا يقاوم الدليل .

و أمّا دفعه بأنّه لم يثبت تعلّق حق الغرماء بالاعيان فيجوز أن يكون الثابت مجرّد وجوب بيع الحاكم ، ففيه انّ الاستصحاب لا يتوقّف جريانه لو تمّت أركانه على كون الثابت حقّاً لا حكماً ، بل على الثاني يجري كما يجرى على الاوّل ، مع أنّ الاستيلاد ايضاً ليس من الحقوق و لذا لا يسقط بالاسقاط .

و كيف كان فما عن جماعة من جواز البيع في المورد غير ظاهر .

و مثله ما عن بعض من جواز البيع اذا كان علوقها بعد اشتراط أداء مال الضمان منها ، فانّه راجع الى الرهن فيجري عليه حكم تقدّمه على الاستيلاد الّذي عرفته ، و كذلك حال ما اذا كان الاستيلاد بعد تعلّق حق الجناية بها الّذي لا يجوز البيع لو كان لاحقاً و الاّ فلا أثر للتقدّم .

اذا كان علوقها بعد ثبوت الخيار لبائعها

و أمّا اذا كان علوقها بعد ثبوت الخيار لبائعها ، فالمحكي عن الحلي جواز الاسترداد ، و كأنّ وجهه اختصاص دليل المنع بالنقل المضاف الى المولى و لو كان قهراً عليه فلا يشمل غيره كالنقل بالفسخ ، نظير ما عرفت في الاسترقاق .

و لاجله يظهر ضعف ما عن العلامة و ولده و المحقق و الشهيد الثانيين و غيرهم ، من الحكم بجواز الفسخ و الرجوع بقيمة امّ الولد لصيرورتها بمنزلة التالف ، لانّ المانع الشرعي كالمانع العقلي ، اذ فيه انّه لا دليل على المنع في مثله .

٢ ـ لو كان علوقها بعد نذر كونها صدقة

محصّل ما يمكن أن يقال : انّ النذر تارة يكون بنحو نذر النتيجة ، و اخرى يكون بنحو نذر الفعل ، و كلّ منهما امّا مطلق أو مشروط ، و الثاني امّا أن يكون شرطه حاصلاً أو لا ، و الثاني امّا معلوم الحصول أو مشكوكه .

لو كان بنحو نذر النتيجة

فان كان بنحو نذر النتيجة و كان مطلقاً ، فالمنسوب الى الاكثر صحّة النذر ، لكن قد قرّبنا في كتاب الزكاة من كتابنا مستمسك العروة الوثقى [١] بطلانه لوجهين، مبنيّين على كون اللام في قول الناذر : للّه عليّ كذا ،

---

١ ـ مستمسك العروة الوثقى ٩: ٣٧.

للملك كما هو الظاهر.

١ ـ انّ مضمون الجملة تمليك المنذور له تعالى، فمقتضى صحة النذر حصول هذا المضمون، أمّا حصول نفس المنذور فأمر آخر يحتاج الى جعل مستقلّ، فانّ جعل النسبة بين الامرين غير جعل المنسوب، و الاول مفاد كان الناقصة و الثاني مفاد كان التامة، و الجملة لا تحتمل المفادين معاً بل مفادها الاول لا غير، فيحتاج الثاني الى سبب.

٢ ـ انّ نتائج العقود و الايقاعات لا تقبل أن تكون طرف لاضافة الملكية الاّ اذا كانت مضافة الى ذمّة، فاذا اضيفت الى ذمّة رجع النذر الى نذر الفعل، فراجع.

و على تقدير الصحة تكون صدقة بمجرّد النذر، فاستيلادها بعد ذلك لا يترتّب عليه الاثر، لاختصاص موضوعه بمن كانت ملك المولى، و لذلك لا يجوز التصرف فيها بالوطء و لا بغيره كسائر الاماء المملوكة للاجانب.

و لو كان مشروطاً بشرط حاصل فالحكم كذلك، و لو كان معلوم الحصول في المستقبل كأن يقول: للّه عليّ أن تكون صدقة اذا هلّ شهر رمضان، أو اذا مات زيد، فانّ كونها صدقة منوط بحصول الشرط، و قبله باقية على ملك المولى.

الف: منافاة الاستيلاد لمقتضى النذر

و الكلام تارة في منافاة الاستيلاد لمقتضى النذر، و اخرى في حكم الوطء تكليفيّاً و وضعاً.

أمّا الاوّل فالظاهر عدم المنافاة، اذ الاستيلاد انّما يمنع عن النقل بالمعنى المصدري بعده كما هو ظاهر الادلة أمّا قبله فلا، و حينئذ

فلا مانع من صيرورتها صدقة عند حصول الشرط المعلّق عليه النذر ، و لاجل ذلك صحّ استثناء المورد من قاعدة المنع عن نقل امّ الولد ، نعم لو كان زمان الشرط المعلّق عليه النذر بعد موت المولى تحقّقت المنافاة لأنّها بالموت تنعتق من نصيب الولد ، فيمتنع أن تكون صدقة فترجع الى الرقية .

و كذا لو قلنا بأنّ الاستيلاد مانع من الانتقال مطلقاً ، فانّه يتعارض دليل صحة النذر و دليل منع الاستيلاد ، لكن العمل على الثاني لانه رافع لموضوع الاوّل لان دليل نفوذ النذر مشروط بمشروعية مضمونه و لا يصلح هو لاثبات المشروعية ، فدليل نفي المشروعية وارد عليه ، فيكون الاستيلاد بمنزلة الاتلاف .

حكم الوطء تكليفيّاً و وضعاً

و لاجل ذلك يكون الوطء الموجب له حراماً لأنّه مخالفة للنذر فيستوجب الحنث و الكفارة ، و توهم اختصاص الكفارة بنذر الفعل ، فيه انّه خلاف اطلاق دليلها .

هذا ، و الظاهر على هذا الفرض ضمان الحانث قيمة الامة لمستحقّي الصدقة ، لتفويتها عليهم بعد استحقاقهم لها و لو معلّقاً على وجود الشرط ، بناء على اقتضاء مثل ذلك الضمان ، كما يظهر فيما لو أتلف الطبقة الاولى العين الموقوفة ، بناء على كون الوقف ملكاً ترتيبيّاً ، فانّ ضمانهم انّما هو للطبقات اللاحقة الّتي تملكها ملكاً منوطاً بانقراض الطبقة الاولى ، و ضمان الراهن العين المرهونة بالاتلاف بلحاظ حق المرتهن، و هو الاستيفاء المعلّق على الاجل و امتناع الراهن من الوفاء و نحو ذلك .

و بالجملة ثبوت الضمان في أمثال ذلك مع أنّ المضمون له انّما يستحقّ في المستقبل يقتضي الضمان هنا .

نعم لو كان مرجع النذر الى نذر ابقاء العين على القابلية للصدقة ، و نذر كونها صدقة على تقدير بقائها على القابلية ، فالاستيلاد موجب للحنث بالاضافة الى النذر الاوّل فيستوجب الكفارة ، و لا يكون منافياً للنذر الثاني ، لانّ النذر لا يوجب حفظ شرطه فلا موجب للضمان .

هذا ، و لو شكّ في ترتّب الاستيلاد على الوطء جاز الوطء لاصالة العدم ، و لاصالة البراءة للشك في كونه مخالفة للنذر .

نعم قد يوجّه الاحتياط بأنّ الوفاء بالنذر بعد ما اشتغلت به الذمة وجب اليقين بالفراغ منه و الوطء مانع عن حصوله ، لكنّه مندفع في محلّه ، اذ لايخرج الشك في المقام عن كونه شكّاً في التكليف بنحو يسع الوطء الخاص ، نظير الشك في المفطر بنحو الشبهة الموضوعية فلاحظ .

و لو كان الشرط مشكوك الحصول جاز الوطء و ان علم بترتّب الاستيلاد عليه ، لاصالة عدم حصول الشرط ، و لاصالة البراءة ايضاً .

و دعوى أنّه يجب الاحتياط في المقام لأنّه من قبيل الشك في القدرة ، غير ظاهرة ، اذ الشك في القدرة راجع الى الشك في السقوط و الشك هنا في الثبوت و المرجع فيه البراءة .

و لو تبيّن حصول الشرط ثبت الضمان لما عرفت دون الكفارة للعذر .

لو كان بنحو نذر الفعل

و لو كان النذر بنحو نذر الفعل ، فان كان مطلقاً او مشروطاً بشرط حاصل لم تخرج الامة عن ملك المولى به ، فلو وطأها لم يكن زانياً ، لكنّه يحرم لو علم بترتّب الاستيلاد عليه ، لمنافاته للمنذور ، لانّ التصدق نقل

يمنع عنه الاستيلاد ، فالوطء الموجب له تعجيز عن فعل المنذور فيحرم و يوجب الكفارة للحنث .

و يحتمل تقديم النذر بدعوى اختصاص منع الاستيلاد بالنقل الختيازي لانصرافه اليه فلا يعمّ الواجب و لو بالنذر ، لكن فيه منع كما عرفت فى القسم الثاني ، أو لأنه سابق فيكون أولى بالتقديم .

و فيه ما عرفت ايضاً ، من أنّ السبق لا يكون سبباً للتقديم اذا كان اللاحق رافعاً لموضوع السابق كما في المقام ، فانّ دليل مانعية الاستيلاد رافع للقدرة على المنذور ، و دليل صحة النذر لا يصلح لاثبات القدرة عليه ، فيكون دليل المانعية مانعاً من تطبيقه ، و قد تقدم ذلك ، فلاحظ .

و أمّا الضمان فلا موجب له ، اذ لا استحقاق لا منجزّاً و لا معلّقاً كما في نذر النتيجة ، و انّما الثابت حقّ اللّه سبحانه ، و هو أن يتصدّق و ضمانه بالكفارة لا غير .

و لو كان معلّقاً على شرط يعلم بحصوله في المستقبل حرم الوطء مع العلم بترتّب الاستيلاد عليه ، لأنّه تعجيز ايضاً عن المنذور ، فلو فعله حنث و عليه الكفارة .

قد يحتمل تقديم حقّ النذر على الاستيلاد لما سبق في الصورة السابقة ، و فيه ما عرفت .

و قد يحتمل انحلال النذر لصيرورة التصدق مرجوحاً ، و فيه ايضاً ما عرفت من أن دليل منع الاستيلاد يقتضي صيرورة التصدّق معجوزاً عنه لا مرجوحاً ، و العجز الناشي من سوء اختيار المكلف موجب للحنث لا للانحلال ، و لو كان معلّقاً على شرط مشكوك الحصول جاز الوطء و ان علم بترتّب الاستيلاد لما سبق ، فلو انكشف حصول الشرط لم يكن حنث و لا كفّارة للنذر و لا ضمان ، كما عرفت في الفرض السابق .

و من ذلك تعرف ضعف بعض الاحتمالات المذكورة في كلام شيخنا الاعظم رحمه الله ، فلاحظ .

٣ ـ ما اذا كان علوقها من مكاتب مشروط ثمّ فسخت كتابته

و منها ما اذا كان علوقها من مكاتب مشروط ثمّ فسخت كتابته ، فـانّه يجوز للمولى بيعها ، على ما حكاه في الروضة عن بعض الاصحاب ، لأنّها بعد انفساخ الكتابة خرجت عن كونها امّ ولد حر لحر و هي أمته ، و لكن صحّة الاستثناء مبنيّة على كونها قبل الانفساخ امّ ولد للمكاتب كما عن القواعد ، و لو قلنا بالعدم كما عن التحرير لعدم كون المكاتب حرّاً ، خرج المورد عن موضوع المستثنى منه ، فلا يكون استثناء .

القسم الرابع : ما لا يكون بقاؤها في ملك المولى مؤدّياً الى عتقها

القسم الرابع ما لا يكون بقاؤها في ملك المولى مؤدّياً الى عتقها لعدم ارث الولد ، لوجود بعض موانع الارث فيه من كفر أو رقّ أو قتل ، و البناء على جواز البيع في هذا القسم مبنيّ على أنّ العلة في المنع الانعتاق من نصيب الولد ، لكن عرفت أنّه غير ظاهر من الادلّة ، بل خلاف ظاهر صحيح ابن مارد [1] كما سبق ، فكيف يصحّ الخروج عن اطلاق أدلّة المنع عن بيعها في حياة المولى و بعد وفاته .

نعم لو انتفى النسب من طرف الاب أو الام خرجت عن كونها امّ ولد

---

١ ـ عن محمد بن مارد ، عن أبي عبد اللّه عليه السلام في الرجل يتزوّج الامة فتلد منه أولاداً ثمّ يشتريها فتمكث عنده ما شاء اللّه لم تلد منه شيئاً بعد ما ملكها ، ثمّ يبدو له في بيعها ؟ قال عليه السلام : هي أمته ، ان شاء باع ما لم يحدث عنده حمل بعد ذلك و ان شاء أعتق ، (التهذيب ٧: ٤٨٢، عنه الوسائل ٢٣: ٢ ١٧).

بالمعنى الّذي يكون موضوعاً للاحكام ، فلا بأس ببيعها حينئذ بعد قصور أدلّة المنع عن الشمول ، لكن عدّه استثناء من قاعدة المنع مبنيّ على المسامحة ، و اللّه سبحانه وليّ التوفيق ، و هو حسبنا و نعم الوكيل .

٣ـعدم جواز بيع الرهن

من أسباب خروج الملك عن كونه طلقاً كونه مرهوناً ، و الكلام فيه يقع في امور :

١ ـ ما يستدلّ على عدم التصرف فى العين المرهونة

انّ العمدة في اثبات ذلك الاجماع المحكي صريحاً و ظاهراً في كلام جماعة كثيرة من القدماء و المتأخّرين على المنع من التصرف في الرهن بالبيع و غيره من دون نقل خلاف أو تأمّل و اشكال من أحد من الاصحاب رحمهم الله .

نعم ربّما تأمّل بعضهم في بعض أفراد التصرف كالوطء لما في بعض النصوص من جوازه ، و كذا ما لا ضرر فيه على المرتهن من تقبيل و استخدام و نحوهما ، لكنّه لو تمّ فهو غير ما نحن فيه .

و أمّا النبوي المشهور النقل كما عن بعض ، و المعتمد عليه كما عن آخر : «الراهن و المرتهن ممنوعان من التصرف» [١] ، فدلالته لا تخلو من اشكال ، لعدم ظهور التصرف فيه فيما يعمّ التصرف بالبيع و نحوه من

١ ـ درر اللئالي ١:٣٦٨، عنه المستدرك ١٣:٤٢٦.

التصرفات الاعتبارية كما تقدم في مبحث الفضولي .

و أمّا قاعدة السلطنة فهي لاتوجب منع الراهن الاّ اذا كان البيع منافياً لحقّ الرهانة ، اذ حينئذ تكون قاعدة السلطنة على الحق مانعة عن تسلط غير من له الحق على رفعه ، لكن المنافاة غير ظاهرة ، اذ لا مانع من أن يكون حق الرهانة قائماً بالعين و لو انتقلت من الراهن الى غيره و الاستيفاء كما يكون من مال المديون يكون من مال غيره و لذا جازت الاستعارة للرهن ، اللّهم الاّ أن يكون ذلك خلاف المرتكزات العرفية ، كما هو غير بعيد .

٢ ـ لو باع الراهن العين المرهونة

لو باع المرتهن العين كان البيع فضوليّاً ، فيجري عليه حكمه من البطلان أو الصحة على تقدير الاجازة و غير ذلك من أحكامه ، و أمّا لو باعها الراهن فهل يكون موقوفاً على اجازة المرتهن أو سقوط الحق أو يبطل من أصله .

الاوّل ظاهر عبارات جماعة من القدماء و المتأخرين ، و الثاني صريح بعض و ظاهر آخرين ، و يقتضيه فحوى ما دلّ على صحة الفضولي لصدور البيع هنا عن المالك السلطان ، غايته أنّه قاصر السلطنة بخلاف البيع في الفضولي .

و مال في المقابيس الى البطلان للاجماع المدعى في كلام جماعة على المنع من التصرف ، و حكاية الشيخ ورود الاخبار في ذلك و للنبوي المتقدم ، فان اطلاق المنع فيه يقتضي الفساد كاقتضائه في أم الولد و الوقف و غيرهما ممّا كان الوجه في النهي ملاحظة جهة راجعة الى الغير ، و لاجل ذلك افترق المقام عن الفضولي ، فلا مجال للعمل بالفحوى .

و الفرق بين الراهن و المرتهن انّ المرتهن لعدم كونه مالكاً يمكن أن يقع بيعه على وجه النيابة عن المالك و على وجه الاستقلال ، فان وقع على الوجه الاوّل لم يعدّ تصرّفاً فلا يكون منهيّاً عنه ، فيصحّ على تقدير الاجازة كالفضولي ، و ان وقع على الوجه الثاني كان محرّماً و باطلاً ، و الراهن مالكاً لا يقع بيعه الاّ مستنداً الى ملكه ، اذ لا معنى لقصده النيابة عن غير المالك فهو منهي عنه فيكون باطلاً .

و أمّا التعليل الوارد في نكاح العبد بغير اذن مولاه من قوله عليه السلام : «انّه لم يعص اللّه و انّما عصى سيده »[١]، فانّما يجري فيمن ليس له مال ، أمّا المالك المحجور عليه فهو عاص للّه سبحانه بتصرفه و لا يقال : انّه عصى المرتهن، لعدم كونه مالكاً ، و انّما منع اللّه سبحانه من تفويت حقّه و كذا كلّ مالك محجور لعارض .

و فيه انّ الاجماع المدّعى لا مجال للاعتماد عليه بعد وضوح الخلاف كما عرفت من تصريح جماعة و ظاهر آخرين من الصحة على تقدير الاجازة ، و أمّا حكاية الشيخ الاخبار على أنّه : « ليس له ـ يعني الراهن ـ أن يكري داره المرهونة أو يسكنها الاّ باذن المرتهن ـ انتهى» ، فمع أنّها ليست في البيع انّما تدلّ على كون المنع من حقوق المرتهن ، و لذا جاز باذنه فاذا أجاز ارتفع المنع ، و التخصيص بالاذن السابقة على العقد فلا تنفع الاجازة ، قد عرفت اندفاعه في مبحث الفضولي .

---

١ ـ عن زرارة عن أبي جعفر عليه السلام قال : سألته عن مملوك تزوج بغير إذن سيده ، فقال : ذاك الى سيده ان شاء أجازه و ان شاء فرق بينهما ، قلت : أصلحك الله ان الحكم بن عتيبة و ابراهيم النخعي و اصحابهما يقولون : ان أصل النكاح فاسد و لا تحل إجازة السيد له، فقال أبو جعفر عليه السلام : انه لم يعص الله و إنما عصي سيده ، فاذا أجازه فهو جائز (الكافي ٥:٤٧٨، التهذيب ٧:٣٥١، الفقيه ٣:٣٥٠، عنه الوسائل ٢١:١١٤).

و أمّا النبوي ، فمقتضى الجمود على عبارته و ان كان هو المنع التعبدي بناء على عمومه لما نحن فيه ، لكن بقرينة كون المورد موضوعاً لملكية أحدهما و حقّ الاخر ، يحمل المنع على كونه من أجل حق الآخر و المنع الحقي يرتفع بالاجازة كالاذن السابقة .

و بذلك يفترق المنع في المقام عن المنع عن بيع امّ الولد و الوقف ، فانّه لا حقّ لاحد غير المالك فيهما ، و لذا لا تجدى الاذن من امّ الولد في صحة بيعها و كذا من ولي الطبقات اللاحقة في صحة بيع الوقف .

و من ذلك تظهر الصحة في أمثال ما نحن فيه مع الاجازة من ذي الحق كبيع أعيان المفلس ، و العقد على بنت الاخر و الاخت على العمة و الخالة ، و على الامة على الحرة ، و نحوها من موارد الحقوق الّتي تجدي فيها الاذن .

كما يظهر أنّ المقام من قبيل الفضولي الّذي ورد فيه مثل : «لا يجوز لاحد أن يتصرّف في مال غيره الاّ باذنه»[١] ، و «لا يحلّ مال امريء مسلم الاّ بطيبة نفسه»[٢] ، لا من قبيل بيع امّ الولد و الوقف .

و التفكيك في بيع المرتهن بين أن يكون على وجه الاستقلال فيكون تصرّفاً و بين أن يكون عن المالك فلا ، غير ظاهر ، كالتفكيك بين الراهن و المرتهن في امكان تأتي النحوين المذكورين في الثاني دون الاوّل ، ضرورة امكان أن يبيع برجاء اذن المرتهن و اجازته ، و مجرّد كونه مالكاً

---

١ ـ عن ابي الحسين محمد بن جعفر الاسدي ، عن ابي جعفر محمد بن عثمان العمري رضي الله عنه ، عن صاحب الزمان عجل الله تعالى فرجه ، قال : فلا يحل لاحد ان يتصرف في مال غيره بغير اذنه (الاحتجاج : ٤٧٩، اكمال الدين : ٥٢٠، عنهما الوسائل ٩: ٥٤٠، ٢٥: ٣٨٦).

٢ ـ «فانّه لا يحلّ دم امرء مسلم و لا ماله الاّ بطيبة نفسه » ، الكافي ٧: ٢٧٣، الفقيه ٤: ٦٦، عنهما الوسائل ٥: ١٢٠.

لا يمنع من ذلك ، بعد التفاته الى أنّ المرتهن له حقّ الرهن المانع من البيع على نحو الاستقلال الّذي هو عدوان عليه و على حقّه ، اذ العدوان كما يكون على المالك ببيع ملكه يكون على ذي الحق ببيع موضوع حقه .

و لاجل ذلك يتّضح الوجه في تطبيق التعليل الوارد في رواية نكاح العبد بغير اذن مولاه على ما نحن فيه ، فانّ الراهن اذا باع لم يعص اللّه سبحانه و انّما عصى المرتهن بتضييع حقّه باذهاب موضوعه ، فاذا أجاز ذو الحق جاز البيع .

نعم لو ثبت كون المنع عن بيع الراهن تعبّدياً لا لاجل حقّ المرتهن كان مقتضى التعليل عدم الصحة بالاجازة ، لأنه على هذا يكون عاصياً للّه لا للمرتهن ، و لكن عرفت الاشكال عليه .

كما أنّك بمراجعة ما تقدّم في الفضولي تعرف مواقع النظر في كلامه رحمه الله غير ما ذكرنا .

٣ ـ هل ينتقل حق الرهانة الى الثمن أو لا ؟

لو باع الراهن باذن المرتهن أو بدونه فأجاز المرتهن صحّ البيع كما عرفت و بطل حقّ الرهانة في العين ، فيملكه المشتري بلا حقّ فيه بلا خلاف و لا اشكال ، و كأنّه لانّ حق الرهانة ليس قائماً بذات العين و لا بعنوان حاصل لها في ظرف خروجها الى ملك المشتري بل بعنوان كونها مملوكة لمالكها ، و لاجل فوات هذا العنوان فات الحق القائم به .

و هل ينتقل هذا الحق الى الثمن فيكون رهناً أو لا ، المعروف الثاني ، و في محكي المبسوط الاوّل و تبعه في التحرير و الدروس ، و عن الثاني تعليله بأنّه قضية عقد الرهن و لا يخلو من خفاء ، و كأنّه يريد أنّ حق الرهانة راجع الى حق الاستيفاء و لو من البدل ، ضرورة جواز استيفاء

الدين من العين المرهونة و لو ببيعها و الاستيفاء من ثمنها.

و هذا الّذي ذكره ﷺ هو العمدة في ثبوت حق الرهانة في الثمن لا مجرّد كون الثمن بدلاً عن المثمن، فانّ البدلية انّما تقتضي انتقال الحق الى البدل في ظرف صلاحيّته للانتقال، فلا بدّ في الحكم بالانتقال من احراز صلاحيته لذلك.

نعم مع قطع النظر عن اقتضاء حق الرهانة في نفسه للانتقال الى البدل يمكن أن تستفاد صلاحيته لذلك من ثبوته في البدل المضمون به لو أتلفه متلف، فانّه لا اشكال في كون البدل رهناً كالمضمون.

و توهّم أنّ ثبوت الحق في البدل لاجل كونه مضموناً بالاتلاف كالعين، فالمتلف متلف لملك الراهن و حق المرتهن معاً، فيكون ضامناً لهما معاً، فيكون مقتضى الضمان الثبوت في البدلية، مندفع بأنّ ضمانه للحق بضمان موضوعه فرع صلاحية الحق للقيام ببدله و الانتقال اليه من المبدل، فلا بد من اثبات ذلك مع قطع النظر عن دليل الضمان، و لا يصلح دليل الضمان بالاتلاف لاثباته.

نعم لو دلّ الدليل على الضمان في خصوص المورد كما عرفت من الاجماع فقد دلّ على كونه صالحاً للانتقال، مع أنّ ثبوته في البدل لو كان مترتّباً على ضمان نفس الحق كان اللازم البناء على عدم كون البدل موضوعاً للحق في صورة اتلاف المرتهن العين، فانّ اتلافه اتلاف لحقّه فلا يكون ضامناً له، مع بنائهم على كون البدل المضمون به رهناً حتى في صورة اتلاف المرتهن.

فاذاً التحقيق أنّه مع بيع الراهن للعين و اجازة المرتهن يكون الثمن رهناً ايضاً، الاّ أن تكون قرينة على كون الاجازة اسقاطاً للحق، لكنه خارج عن محل الكلام.

٤ ـ اجازة المرتهن نظير اجازة المالك في الفضولي

في أنّ اجازة المرتهن نظير اجازة المالك في الفضولي، لما عرفت آنفاً من أنّ مرجعها الى اعمال سلطنته في موضوع حقّه تبعاً لسلطنته على حقه، و ليس مرجعها الى اسقاط حقّه، فيكون الكلام في كون الاجازة في الفضولي ناقلة أو كاشفة، حقيقيّاً أو حكميّاً، أو انقلابيّاً بعينه جار في الاجازة هنا، و الاشكالات المتقدّمة على الكشف بوجوهه جارية هنا كوجوه اندفاعها.

كما أنّ الكلام في احتياجها الى الانشاء و عدم الاكتفاء بالرضا النفسائي جار هنا، لانّ العقد مضاف الى كلّ من المالك و المرتهن لاشتراكهما في السلطنة على التبديل، فلا بد من اضافة العقد الى السلطان ليدخل في العقد الّذي هو موضوع وجوب الوفاء، فاذا كانت الاضافة محتاجه الى الانشاء كانت هنا كذلك.

نعم لو كان حق الرهانة مانعاً من نفوذ البيع و مرجع الاجازة الى اسقاط أمكن حينئذ القول بالنقل هنا، و لو قلنا بالكشف في الفضولي، لانّ عدم الحق يكون حينئذ من شرائط الصحة كالقبض في الصرف، فيقرب القول بالنقل به، و لا يتّحد مع الفضولي، فلاحظ.

٥ ـ هل تنفع الاجازة بعد الردّ هنا ؟

في أنّه لا اشكال في أنّه لا أثر للردّ بعد الاجازة، فهل تنفع الاجازة بعد الردّ هنا، وجهان، فانّ قدح الرد السابق في نفوذ الاجازة في الفضولى ان كان لاجل قدحه في نسبة العقد الى من هو له، كان في المقام قادحاً ايضاً، لما عرفت من أنّ المرتهن ممّن له العقد، و ان كان تعبّداً للاجماع فثبوت الاجماع غير معلوم هنا.

٦ ـ هل سقوط حق الرهانة بمنزلة الاجازة يصحّ معه عقد الراهن أو لا ؟

في أنّ سقوط حق الرهانة باسقاطه أو اسقاط الدين أو وفائه هل هو بمنزلة الاجازة يصحّ معه عقد الراهن أو لا ؟

قد يتوهّم الثاني ، لانّ المرتهن لمّا كان شريكاً في سلطان الراهن ، لاشتراكه منه في اضافة العين اليه ، فاذا سقط الحق بعد ذلك كان المورد من باب : من باع شيئاً ثمّ ملكه ، الّذي عرفت أنّ صحّته محلّ اشكال حتّى مع الاجازة من العاقد ، فضلاً عمّا لو لم تكن.

و فيه انّ الاشكال انّما جاء في مسألة : من باع شيئاً ثمّ ملكه من أجل أنّ الاضافة الملحوظة في مقام جعل البدلية حدثت للعاقد بعد ما لم تكن و ليس هنا كذلك ، اذ لم يحدث للراهن شيء و انّما كانت اضافة للمرتهن في طول اضافته ، فكانت سبباً لمزاحمة سلطنته بسلطنته فزالت الاضافة فزالت السلطنة المزاحمة لسلطنة العقد .

فما يقتضيه جعل البدلية من قبله لم يكن فيه تغيّر و لا تبدّل ، بل هو على ما كان ، فكيف يلحقه الاشكال في تلك المسألة الّذي كان مبناه لزوم ثبوت شيء لم يثبت بجعل العاقد الّذي كان مبنى للبطلان أو لزوم صحة التصرف مع عدم الرضا به بما هو وارد على مال المتصرف ، الّذي كان مبنى القول باعتبار الاجازة .

و من هنا يظهر الاشكال في التمسك باستصحاب عدم ترتّب الاثر ، فانّه على خلاف عموم الصحة ، اذ المقام لمّا كان من التخصيص من أوّل الامر تعيّن الرجوع في غير مورد التخصيص الى العام و ان لم يكن له عموم زماني كما حرّر في الاصول .

و هذا هو العمدة في سقوط الاستصحاب لا العلم بارتفاع المناط

الثابت أوّلاً ، فانّه لا يقدح في جريانه بعد اتّحاد القضية المشكوكة و المتيقّنة عرفاً ، و لو سلّم قدحه في الاستصحاب فغايته أنّه لا يثبت عدم ترتّب الاثر ، امّا الشك في ترتّب الاثر فلا رافع له الاّ العموم .

نعم ربّما يظهر من بعض الروايات عدم صحّة نكاح العبد بدون اذن سيّده و ان اعتق [١] ، لكنّه غير ما نحن فيه ، لانّ عدم صحّة نكاح العبد ليس لمجرّد كونه تصرّفاً في ملك المولى بل لكون المتصرف ايضاً مملوكاً ، و ان كان موضوع التصرف لغير المولى ، كما لو عقد لغير مولاه باذنه ، فانّه لا يصحّ ، و بذلك افترق عن المقام ، على أنّ الظاهر من بعض الصحاح الصحة ايضاً [٢] ، فراجع .

٧ ـ سقوط حق الرهانة هل يقتضي صحة العقد من حين السقوط أو من حين العقد ؟

في أنّ سقوط حق الرهانة بأحد الوجوه المتقدّمة هل يقتضي صحة العقد من حين السقوط أو من حين العقد ؟ قد يقرب الثاني بأنّ حق الرهانة اذا كان مانعاً عن صحة العقد فلو بني على الكشف لزم ثبوت المتمانعين ،

---

١ ـ عن معاوية بن وهب ، عن أبي عبدالله عليه السلام أنه قال : في رجل كاتب على نفسه و ماله و له أمة و قد شرط عليه أن لا يتزوّج فأعتق الامة و تزوجها ، فقال : لا يصلح له أن يحدث في ماله الا الاكلة من الطعام و نكاحه فاسد مردود (الكافي ٥:٤٧٨، الفقيه ٣:٧٦، التهذيب ٨:٢٦٩، عنهم الوسائل ٢١:١١٧).

٢ ـ عن معاوية بن وهب قال : جاء رجل الى أبي عبدالله عليه السلام فقال : انّي كنت مملوكاً لقوم و انّي تزوّجت امرأة حرّة بغير اذن موالي ، ثمّ أعتقوني بعد ذلك ، أفاجدّد نكاحي اياها حين أعتقت ؟ فقال له : أكانوا علموا أنّك تزوّجت امرأة و أنت مملوك لهم ؟ فقال : نعم و سكتوا عنّي و لم يعيّروا علي ، فقال : سكوتهم عنك بعد علمهم اقرار منهم أثبت على نكاحك الاول (الكافي ٥:٤٧٨، التهذيب ٨:٢٠٤، عنهما الوسائل ٢١:١١٧).

و يشكل بأنّ حق الرهانة لا مانعية فيه ، و لذا يصحّ البيع لو أجاز المرتهن و لو بني على ثبوت حق الرهـانة ، بـل المـانع مـزاحـمة سـلطان الراهـن لسلطان المرتهن فاذا سقط حق الرهانة و استقل الراهـن بـالسلطان تـعيّن العمل بأدلّة الصحة و النفوذ .

فاذا كان مقتضاها ترتّب الاثر مقارناً للسبب وجب البناء عليه و صـحّ الكشف الانقلابي الّذي عرفت أنّه المتعيّن من بين وجوه الكشف ، و ان لم تكن ظاهرة في المقارنة تعيّن القول بالنقل .

و الاشكال على الكشف بأنّه يلزم أن تكون العين من حـين العـقد الى زمان سقوط الحق رهناً و كونها ملكاً للمشتري ، بعينه الاشكال المتقدّم في الفضولي على القول بالكشف ، أعني كون العين من حين العـقد الى زمان الاجازة ملكاً للمجيز و ملكاً للمشتري ، و قد عرفت هناك اندفاعه بأنّه لا استحالة في ذلك اذا كان زمان الاعتبارين متغايراً و ان اتّحد زمان الامرين الاعتباريين .

و كذا الحال لو كان مستند الكشف انّه مقتضى مفهوم الاجـازة لأنّـها امضاء العقد من حينه ، فانّه ايضاً يصحّ أن يقال : انّه مقتضي العقد ، لانّ المقصود جعله بالعقد هو المضمون من حينه فتأمل جيّداً .

٤ ـ بيع العبد الجاني

ما يستدلّ على عدم جواز بيعه ، و المناقشة فيه

اذا جنى العبد عمداً بما يوجب قتله أو استرقاقه ، فالاقوى كما نسب الى جماعة كثيرة بل المشهور جواز بيعه ، لعدم منافاته لحقّ الجـناية ، لبقاء الحق في العين و لو انتقلت الى المشتري ، و بذلك افترق عن حق

الرهانة الّذي قد عرفت أنّه لا يبقى في العين لو انتقلت من الراهن.

و في محكي المختلف العدم لأنّه قد باع ما لا يملكه، و فيه انّ خروجه عن الملك خلاف الاصل و النصوص دالّة على استرقاق ولي المجني عليه الّتي يجب أن يحمل عليها ما يدلّ بظاهره على دخوله في ملك الولي، فانّه مقتضى الجمع العرفي بينهما، و احتمال خروجه عن ملك المولى و عدم دخوله في ملك الولي لا مقتضي له كما لا يخفى.

و قد يستدلّ على المنع تارة بخروجه عن المالية المعتبرة في صحة البيع، و فيه انّه لو سلّم ذلك فليس بنحو الكلية كما هو ظاهر.

و اخرى بأنّ وجوب دفعه الى وليّ المجني عليه يوجب المنع من تسليمه الى المشتري و القدرة على التسليم شرط في صحة البيع، و فيه انّه لو سلّم وجوب الدفع فقد يكون العبد بيد المشتري على نحو لايقدر البائع على أخذه و دفعه الى وليّ المجني عليه، و يكفي هذا المقدار في صحة البيع.

و قد يستدلّ ايضاً بأنّ كونه في معرض الخطر يوجب كون البيع من بيع الغرر المنهي عنه، و فيه مع أنّه قد يحصل الوثوق بالعفو أحياناً، انّ هذا المقدار من الغرر مطّرد في بيع المريض و الارمد و الصحيح في أيّام الوباء، كيف و من لم يمت فجأة يمرض فجأة، و المنع عن البيع لمثل هذا الغرر كما ترى.

اذا جنى العبد خطأً

اذا جنى العبد خطأً فالمشهور صحّة بيعه، بل قيل: لا خلاف فيه، و يقتضيه ما عرفت في الجاني عمداً، بل الجواز هنا أولى.

و عن المختلف و السرائر أنّه لا يجوز الاّ اذا فداه المولى أو التزم

بالفداء، و دليله غير ظاهر، الاّ ما عرفت من كون بيعه من بيع الغرر الّذي قد عرفت اشكاله.

هذا، و يظهر من المختلف و غيره صحة البيع و ضمان الفداء، و فيه انّ البيع بعد ما لم يكن منافياً للحق لا يوجب ضمانه، و لو سلّم كونه منافياً كان باطلاً، لأنّه على خلاف سلطنة ذي الحق، فالجمع بين الصحة و الضمان غير ظاهر، و اللّه سبحانه أعلم.

الشرط الثالث : القدرة على التسليم

الثالث من شرائط العوضين في الجملة القدرة على التسليم اجماعاً حكاه جماعة كثيرة ، بل يظهر من الانتصار اجماع العامة عليه .

و جعله من شرائط العوضين ـ مع أنّ القدرة قائمة بالمتعاوضين المناسب ذلك لجعلها من شرائط المتعاقدين كالبلوغ و العقل ـ هو لانّ المراد من القدرة ما يقابل العجز الناشيء عن قصور في العين، مثل الطير الطائر و العبد الآبق و الجمل الشارد و نحوها ، لا ما يقابل العجز الناشيء عن قصور في العاقد ، مثل ما لو تعاوضا على عين معيّنة و هما في سجن لا يرجى اطلاقهما منه ، فانّ الظاهر أنّ القدرة من هذه الحيثية ليست موضوعاً للشرطية في كلامهم فعدمها لا يقتضي الفساد .

و ربّما يوجّه ذلك بأنّ القدرة مناط مالية المال فمع عدمها لا يكون الشيء مالاً عند العقلاء ، فمرجع اشتراط القدرة على التسليم الى اشتراط المالية الّتي هي من شرائط الموضين.

و يشكل ذلك مضافاً الى أنّ اشتراط القدرة عندهم في مقابل اشتراط المالية ، أنّ ذلك لايطّرد في كلّ ما لا يقدر على تسليمه وقت التسليم حتّى مع رجاء حصوله بعد ذلك ، فضلاً عن صورة العلم به بعد مدة مع بناء جماعة على البطلان فيهما .

ما يستدلّ به على اعتبار هذا الشرط

١ ـ رواية : «نهى النبي صلّى الله عليه و آله عن بيع الغرر»

و كيف كان فقد استدلّ على الشرطية بالمرسل المنجبر ضعفه بالاشتهار بين الخاصة و العامة ، بل قيل انّه أجمع عليه المخالف و المؤالف : «نهى النبي صلّى الله عليه و آله عن بيع الغرر» [١].

امّا كون ما نحن فيه غرراً ، فهو الظاهر من كلمات كثير من الفقهاء بل اللغويين ، فقد مثّل لبيع الغرر المذكور في الحديث فيما عن الصحاح و المغرب و المجمل و المجمع [٢] ببيع السمك في الماء و الطير في الهواء ، و عن التذكرة نسبة تفسيره بذلك الى اهل اللغة .

البحث عن مفهوم الغرر و معناه

و لكن قد يشكل بأنّ الظاهر من الغرر كما يستفاد من موارد الاشتقاق توهّم حسن ما هو قبيح ، و لذا قال في محكي النهاية : «انّه صلّى الله عليه و آله نهى عن بيع الغرر ، و هو ما كان له طاهر يغرّ المشتري و باطن مجهول» [٣] ، و عن الغريبين حكايته عن ابن عرنة .

و كأنّ تفسيره بالجهل تارة و الخديعة اخرى و الخطر ثالثة من باب

---

١ ـ عيون الاخبار ٢:٤٥ باسناده عن الرضا عليه السلام عن آبائه عن النبي صلّى الله عليه و آله ، عنه الوسائل ١٧:٤٤٨.

رواه في دعائم الاسلام ٢:١٩.

٢ ـ لسان العرب ٥:١٤ ، المصباح المنير :٤٤٥، اساس البلاغة :٣٢٢، معجم مقائيس اللغة ٤:٣٨١.

٣ ـ النهاية ٣:٣٥٥.

التفسير و لو باللازم فانّها معان متباينة ، و لذا جمعها في محكي الصحاح فقال : «الغرّة الغفلة ، و اغترّ بالشيء خدع به ، و الغرر الخطر» .

كما أنّ تمثيله بعد ذلك لبيع الغرر ببيع السمك في الماء و الطير في الهواء لابدّ أن يكون اعتماداً على قرينة حافّة بالكلام ، اذ المثال لا يناسب المعاني المذكورة ، اذ لا غفلة فيه و لا خديعة .

نعم فيه نوع من الخطر ، الاّ أنّ مثله لو قدح في البيع لقدح في بيع المريض و الهرم و نحوهما ممّا هو مظنّة الضياع و التلف ، فليس النهي عن البيع المذكور لذلك ، فحمل الغرر في الحديث على المثالين المذكورين لا بد أن يكون لقرينة تقتضيه و الاّ فهو خروج عن المعاني الّتي ذكروها ، كما هو خروج عمّا هو المتفاهم عرفاً من مادة الغرر .

و كأنّه الى هذه القرينة أشار الشهيد رحمه الله في القواعد حيث قال : «الغرر ما له ظاهر محبوب و باطن مكروه ، قاله بعضهم ، و منه قوله تعالى : «مَتَاعُ الْغُرُورِ»[1] ، و شرعاً هو جهل الحصول ، و أمّا المجهول المعلوم الحصول و مجهول الصفة فليس غرراً ـ الخ » ، فكون بيع الطير في الهواء و السمك في الماء من بيع الغرر مراد شرعي لا معنى لغوي أو عرفى ، لكن هذا المراد الشرعى لو ثبت فهو في خصوص الحديث الشريف لا في كلّي لفظ الغرر المستعمل في لسان الشارع كما قد يظهر من القواعد ، و الاعتماد على فهم الجماعة المذكورة في اثبات القرينة الصالحة للصرف الى هذا المعنى غير واضح .

و المتحصّل ممّا ذكرنا أنّ المفهوم من مادة الغرر لغة و عرفاً أنّه ليس هو الخطر و لا الجهل ، بل هو توهّم حسن ما هو قبيح في الواقع ،

---

١ ـ آل عمران : ١٨٥.

المناسب ذلك لتفسيره بالخديعة بمعنى اسم المصدر، و أنّ تفسيره بالجهل و الغفلة و الخطر تفسير باللازم، كما أنّ تفسير الحديث الناهي عن بيع الغرر ببيع الطير في الهواء و السمك في الماء ليس جارياً على معنى اللفظ و لا على لازمه بل لقرينة تقتضيه.

و لذا جعله الشهيد رحمه الله مراداً شرعيّاً، لكن لمّا لم تتضح لنا تلك القرينة أشكل حمل الحديث عليه بعد ما كان خروجاً عن المتفاهم منه عرفاً و لغة المقتضية لحمله على بيع ما هو مدلّس ممّا له ظاهر محبوب و باطن مكروه، فالاستدلال به على ما نحن فيه غير ظاهر.

ثمّ انّي قد عثرت بعد كتابة هذا على رواية ابن مسعود، قال رسول اللّه صلى الله عليه وآله: «لا تشتر السمك في الماء فانّه غرر»، رواها أحمد في مسنده، و البيهقي في سننه، و الطبراني في الكبير، و لا يبعد أن تكون هذه الرواية هي القرينة على تفسير الحديث المذكور، و عليها اعتمد الجماعة، فكان الاولى الاستدلال بها لا بحديث النهي عن الغرر.

هذا، و الظاهر من الغرر في هذه الرواية بعد تعذّر الحمل على المعنى الحقيقي الّذي هو الانخداع لعدم تحقّقه حقيقة الخطر من جهة عدم الحصول، كما اشير اليه في رواية المنع من بيع الآبق الاّ مع الضميمة [1]،

١ ـ عن رفاعة النخاس قال: قلت لابي الحسن عليه السلام: أيصلح لي ان اشتري من القوم الجارية الابقة و اعطيهم الثمن و اطلبها انا؟ قال: لا يصلح شراؤها الا أن تشتري منهم معها ثوبا او متاعا، فتقول لهم: اشتري منكم جاريتكم فلانة و هذا المتاع بكذا و كذا درهما، فان ذلك جائز (الكافي ٥:١٩٤، التهذيب ٧:١٢٤، عنهما الوسائل ١٧:٣٥٣).

عن سماعة عن أبي عبد الله عليه السلام في الرجل يشتري العبد و هو آبق عن اهله، قال: لايصلح الا أن يشتري معه شيئا آخر، و يقول: اشتري منك هذا الشيء و عبدك بكذا و كذا درهما، فان

و في روايات المنع من بيع الثمرة قبل ظهورها عامّاً واحداً [١] ، و أمّا حمله على الجهل فبعيد بقرينة حمله على نفس الشراء ، فانّ المناسبة المصحّحة لحمل الجهل على الشراء بعيدة عن ذوق العرف بخلاف حمل الخطر ، و ان مناسبة السببية قريبة فيه ، مع أنّ اجمال المراد يستوجب الاقتصار على المتيقن و هو صورة الخطر المالي .

نعم يبقى الاشكال في الاستدلال به على صورة الخطر لاحتمال فوات بعض مراتب المالية للجهل ببعض صفات الثمن ، لأنّه يتوقّف على اطلاقه الشامل لذلك و لا يخلو من اشكال ، و لا سيّما بملاحظة كون الاصل في التعليلات كونها موافقه لمرتكزات العقلاء .

و من المعلوم أنّ المناسب لمرتكزاتهم الحمل على الخطر من جهة احتمال فوات أصل المال كما في المقام لا ما يشمل فوات مرتبة منه ، و لا سيما بملاحظة لزوم كثرة التخصيص لو حمل على ذلك ، فانّ ما لا يكال و لا يوزن عادة كالزرع و الثمر على الشجر و الحيوانات المقصود لحمها و غير ذلك ممّا لا اشكال ظاهراً في جواز بيعها جزافاً ، مع حصول الخطر فيه في مراتب المالية لا أقلّ من الاجمال الموجب لسقوطه عن

لم يقدر على العبد كان الذي نقده فيما اشتري منه (التهذيب ٧:١٢٤، ٧:٦٩، الفقيه ٣:١٤٢، الكافي ٥:٢٠٩، عنهم الوسائل ١٧:٣٥٣).

١ ـ عن سماعة قال : سألته عن بيع الثمرة هل يصلح شراؤها قبل أن يخرج طلعها ؟ فقال : لا ، الاّ أن يشتري معها شيئاً غيرها رطبة أو بقلاً ، فيقول : أشتري منك هذه الرطبة و هذا النخل و هذا الشجر بكذا و كذا ، فان لم تخرج الثمرة كان رأس مال المشتري في الرطبة و البقل (الكافي ٥:١٧٦، الفقيه ٣:١٣٣، التهذيب ٧:٨٤، الاستبصار ٣:٨٦، عنهم الوسائل ١٨:٢١٩).

عن أبي بصير ، عن أبي عبدالله عليه السلام قال : سئل عن النخل و الثمرة يبتاعها الرجل عاماً واحداً قبل أن يثمر ؟ قال : لا ، حتّى تثمر و تأمن من الافة ، فاذا أثمرت فابتعها أربعة أعوام مع ذلك العام أو أكثر من ذلك أو أقل (التهذيب ٧:٩١، الاستبصار ٣:٨٨، عنهما الوسائل ١٨:٢١٤).

الاستدلال على ذلك، و كأنّه لذلك فسّره اللغويّون ببيع السمك في الماء و نحوه، لا بمثل بيع المكيل أو الموزون بلا كيل أو وزن، فلاحظ.

ثمّ انّ الفرق بين بيع السمك في الماء و بيع المريض و الهرم أنّ الموت في المريض و الهرم تلف طاريء على المال، و احتماله موجود في أكثر الاموال، بخلاف السمك في الماء فانّه غير معلوم الحصول من أصله، فالحديث لا يدلّ على المنع من بيع المريض و الهرم، فتأمّل جيّداً.

٢ ـ روايته صلّی الله علیه وآله: «لاتبع ما ليس عندك»

و قد يستدلّ على هذا الشرط بما اشتهر عن النبي صلّی الله علیه وآله انّه قال لحكيم ابن حزام: «لاتبع ما ليس عندك»[١]، فانّ الجمود على التعبير و ان كان يقتضي الحمل على بيع ما لم يكن حاضراً عنده كالغائب و السلف، لكن الاجماع على الجواز فيهما يمنع عنه.

كما يمنع عن حمله على ما لم يكن ملكاً له، اذ لو كان المراد ذلك كان الاولى ذكر لام الملك، و يمنع عن حمله على ما لا يقدر على تسليمه تمسّك الفقهاء به على عدم جواز بيع مال غيره لنفسه ثمّ شرائه من مالكه ولو مع سلطنته على التسليم لكونه وكيلاً في بيعه على نفسه، فانّ السلطنة على التسليم حاصلة بالقدرة على مقدمته، و هو البيع من نفسه المأذون فيه.

فيتعيّن أن يكون المراد السلطنة الفعلية الّتي تتوقّف على الملك، وعلى كونه في يده حتّى كأنّه عنده و ان كان غائباً عنه، نظير ما ورد في

---

١ ـ صحيح البخاري ١:٢٠٣، السنن للنسائي ٤:١٢، المسند لاحمد ١:٤.

اشتراط الزكاة بالقدرة على التصرف، المعبّر في بعضه بقوله: «في يده» [1]، و في آخر بكونه عنده [2].

لكن قد يشكل ذلك بأنّه انّما يتمّ لو كان المخاطب بالنهي عامّاً، مثل أن يقال: لا يجوز أن يبيع أحد ما ليس عنده، أمّا لو كان خاصّاً كما في المقام كان مجملاً، لجواز أن يكون مورد الخطاب محفوفاً بقرينة تقتضي غير ذلك.

بل قيل: انّ المخاطب و هو حكيم بن حزام كان دلالاً، و من المعلوم أنّ المتعارف بين الدلالين أنّ اصحاب الاموال يأتونهم بالاموال فيبيعونها لاهلها لا لانفسهم، فيكون صلى الله عليه و آله قد نهاه عن بيع المال المأذون في بيعه اذا لم يكن حاضرات عنده، و لعلّه لانّ بيعه بالوصف ربّما يؤدي الى النزاع في اشتراط الوصف أو في العين، فيكون في بيع ما ليس عنده تعريض للوقوع في الحزازات، و ان تعيّن حينئذ حمل النهي على الكراهة اجماعاً.

و لاجل ذلك يشكل ايضاً الاستدلال به على المنع عن بيع العين الشخصية ثمّ شرائها من مالكها، و استدلال العلماء به على ذلك ان علم

---

١ ـ عن اسحاق بن عمار قال: سألت أبا ابراهيم عليه السلام عن الرجل يكون له الولد فيغيب بعض ولده فلا يدري أين هو و مات الرجل، كيف يصنع بميراث الغائب من أبيه؟ قال: يعزل حتّى يجيء، قلت: فعلى ماله الزكاة؟ قال: لا، حتّى يجيء، قلت: فاذا هو جاء أيزكّيه؟ فقال: لا، حتّى يحول عليه الحول في يده (الكافي ٣:٥٢٤، عنه الوسائل ٩:٩٣).

٢ ـ عن اسحاق بن عمار، عن أبي ابراهيم عليه السلام قال: سألته عن رجل ورث مالاً و الرجل غائب هل عليه زكاة؟ قال: لا، حتّى يقدم، أيزكيه حين يقدم؟ قال: حتّى يحول عليه الحول و هو عنده، (الكافي ٣:٥٢٧، التهذيب ٤:٣٤، عنهما الوسائل ٩:٩٤).

عن عبدالله بن سنان، عن أبي عبدالله عليه السلام قال: لا صدقة على الدين و لا على المال الغائب عنك حتى يقع في يديك (التهذيب ٤:٣١، عنه الوسائل ٩:٩٥).

أنّه لقرينة حافّة بالكلام تعيّن البناء على اجماله ايضاً ، لعدم معرفة مقدار دلالتها .

٣ ـ رواية نهي النبي صلى الله عليه وآله عن بيع ما ليس عندك

فكان الاولى الاستدلال في المقام برواية سليمان بن صالح ، و صحّحها في الجواهر ، عن ابي عبد الله عليه السلام : «نهى رسول الله صلى الله عليه وآله عن سلف و بيع ، و عن بيعين في بيع ، و عن بيع ما ليس عندك ، و عن ربح ما لم يضمن»[١] ، فانّ حكاية النهي دليل العموم .

لكن قد يشكل ايضاً بأنّ المصرّح به في جملة من النصوص جواز بيع ما ليس عند البايع تكبيتاً على المخالفين الّذين اشتهر عندهم المنع عنه ، و النقض عليهم ببيع السلف .

و المتحصل من ملاحظة أكثر النصوص الواردة في الباب هو المنع من بيع ما ليس عنده من مال الغير ثمّ شرائه و تسليمه الى المشتري ، ففي صحيح منصور عن ابي عبد الله عليه السلام في رجل أمر رجلاً يشتري له متاعاً فيشتريه منه ، قال عليه السلام : «لا بأس بذلك انّما البيع بعد ما يشتريه»[٢] ، و نحوه غيره[٣] ، و لاجل ذلك يتعيّن حمل النهي عن بيع ما ليس عنده على ذلك .

و ان كان يظهر من جملة اخرى المنع عن بيع الذمة حالاً اذا لم يكن له

---

١ ـ التهذيب ٧: ٢٣٠ ، عنه الوسائل ١٨: ٤٧ .

٢ ـ التهذيب ٧: ٥٠ ، عنه الوسائل ١٨: ٥٠ .

٣ ـ عن محمد بن مسلم ، عن أبي جعفر عليه السلام قال : سألته عن رجل أتاه رجل فقال : ابتع لي متاعاً لعلّي أشتريه منك بنقد أو نسيئة ، فاباته الرجل من أجله ، قال : ليس به بأس انّما يشتريه منه بعد ما يملكه . (التهذيب ٧: ٥١ ، عنه الوسائل ١٨: ٥١ .

فرد عنده، ففي صحيح ابن سنان عن ابي عبد اللّه عليه السلام: «لا بأس بأن تبيع الرجل المتاع ليس عندك تساومه ثمّ تشتري له نحو الّذي طلب ثمّ توجبه على نفسك ثمّ تبيعه منه بعد»[1]، و نحوه غيره[2]، و لعلّ الجمع العرفي يقتضي حملها على صورة بيع الشخصي.

و بالجملة النصوص الواردة في هذا الباب مختلفة المفاد في المنع والجواز، و العموم للشخصي و الذمي، و الاختصاص بأحدهما والجمع بينهما لا يخلو من صعوبة، فكيف يمكن الاستدلال بها على ما نحن فيه.

و لذلك قال في الوسائل: «المراد ـ يعني من رواية سليمان بن صالح المتقدمة ـ أنّه لا يجوز أن يبيع شيئاً عنده قبل أن يملكه و يجوز أن يبيع أمراً كليّاً موصوفاً في الذمة، و يحتمل الكراهة و النسخ و التقية في الرواية لما مضى و يأتي ـ انتهى».

و ان شئت قلت: ظاهر الرواية المنع عن بيع ما لم يكن حاضراً عنده، فاذا امتنع الاخذ بهذا الظاهر فليس التصرف بالموضوع بحمله على ما ذكر أولى من التصرف في الحكم بالحمل على الكراهة، بل الثاني أقرب، مع أنّ حمل الكلام على السلطنة الفعلية على التصرف بحيث لا يكون موقوفاً على مقدّمة مقدورة ممّا لا يمكن الالتزام به لندرة الفرض، مضافاً الى أنّ تمسك الخاصة على عدم جواز بيع العين الشخصية المملوكة لم يثبت كونه بهذا الحديث، بل الظاهر أنّه كان بالنصوص الصحيحة الصريحة الّتي أشرنا اليها.

---

١ ـ التهذيب ٢١٢:٧، الكافي ٢٠١:٥، عنهما الوسائل ٤٨:١٨.

٢ ـ عن ابن سنان قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الرجل يأتيني يريد منّي طعاماً أو بيعاً نسيئاً، و ليس عندي، أيصلح أن أبيعه اياه و أقطع له سعره، ثم أشتريه من مكان آخر فأدفعه اليه؟ قال: لا بأس. (التهذيب ٤٤:٧ و ٤٩، عنهما الوسائل ٤٩:١٨.

و أمّا تمسك العامة به ، فقد عرفت أنّ الّذي يظهر من نصوصنا أنّه كان استدلالهم به على جواز بيع ما لم يكن حاضراً ، سواء أكان شخصيّاً أم ذميّاً ، فلاحظ و تأمّل .

هذا ، و أمّا الايراد على الاستدلال بالحديث بأنّ غـاية مـدلوله عـدم ترتّب الاثر على بيع ما ليس عنده ، و لا يدلّ على عدمه مطلقاً و لو صار بعد ذلك عنده ، لانّ الحكم المترتّب على عنوان انّما يـدلّ عـلى ثـبوته مادام العنوان لا مطلقاً ، فلا مانع من الرجوع الى عمومات الصحة اذا صار المبيع عنده ، و لو سلّم فلا أقلّ من وجوب حمله على ما ذكر لئلا يلزم تخصيصه في بيع الرهن ، و بيع ما يملكه بعد البيع ، و بيع العبد الجاني ، و بيع المحجور عليه لرقّ أو فلس ، فان العجز عن التسليم في هذه الموارد حاصل مع البناء على الصحة .

فيشكل أوّلاً : بأنّ اطلاق عدم نفوذ بيع ما ليس عند البائع يقتضي عدم نفوذه و ان صار بعد ذلك عنده ، و قاعدة أنّ الحكم الثابت لعنوان مستمرّ لا يثبت مع ارتفاع العنوان مسلّمة ، لكنّها انّما تقتضي فيما نحن فيه قصور حكم ما لا يقدر على تسليمه ، و هو عدم جواز بيعه ، فلا يشمل حـال القدرة على التسليم لو تبّدل عنوان لا قصور حكم البيع ، فانّه ليس عنواناً مستمرّاً بل هو آني ، فاذا دلّ على عدم نفوذه الدليل كان اللازم التمسك باطلاقه دائما .

و مثله ما لو دلّ الدليل على عدم جواز بيع الخمر ، فانّ حكم الخمر و هو عدم جواز البيع لا يثبت له لو انقلب خلاً ، لكن لو بيع الخمر فعدم النفوذ الثابت لبيعه يثبت دائماً و ان انقلب خلاً ، فانّه مقتضى الاطلاق ، و هكذا الحكم في نظائره ، الاّ أن تقوم القرينة عـلى خـلافه و لو كـانت مناسبة الحكم و موضوعه .

و ثانياً : بأنّ التسليم الّذي تجب القدرة عليه في صحة البيع هو التسليم المستحق ، و القدرة على مثله حاصلة في الموارد المذكورة ، فانّ بيع الرهن اذا كانت صحته موقوفة على اجازة المرتهن كان تسليم المبيع مستحقاً حينئذ لا قبلها ، و كذا الحال في بقيّة الامثلة .

و كأنّ ذكر بيع الجاني عمداً في المقام بناء على عدم جواز تصرف المولى فيه ، و الاّ فقد تقدّم أنّ التحقيق نفوذ بيعه و جواز تسليمه بدون اذن المجني عليه .

و ثالثاً : بأنّ أصالة عدم التخصيص انّما تكون حجّة مع الشك في حكم الخاص ، أمّا مع العلم به كما في الامثلة المذكورة فأصالة عدم التخصيص ليست بحجة ، و لا توجب حمل الدليل على ما لا يلزم من حمله عليه تخصيص .

و رابعاً : انّك عرفت الاشكال في اعتبار القدرة بالمعنى المقابل للعجز الناشيء عن قصور في العاقد ، فيشكل لذلك ذكر موارد الحجر فيما نحن فيه ، فتأمّل جيّداً .

۴ ـ انّ لازم العقد وجوب التسليم ، فيجب أن يكون مقدّراً

و قد يستدلّ على ما نحن فيه بأنّ لازم العقد وجوب التسليم ، فيجب أن يكون مقدّراً لامتناع التكليف مع العجز ، و اجيب بأنّه ان اريد انّ لازم العقد وجوب التسليم مطلقاً منعنا الملازمة .

و اعترض عليه في الجواهر بأصالة عدم تقييد الوجوب ، ثمّ دفعه بمعارضته بأصالة عدم تقييد البيع بهذا الشرط ، و فيه انّه ان اريد بأصالة عدم تقييد الوجوب الاصل العملي فلا أصل له ، و ان اريد اطلاق دليل الوجوب فهو مسلّم لكنّه مقيّد عقلاً بالتمكن، و لو سلّم فأصالة عدم تقييد

البيع به لا مجال له ، لانّ الاطلاق المذكور حاكم عليه .

و مثله في الاشكال ما قيل من أنّ الغرض من البيع الانـتفاع بـالعوض و هو لا يتمّ الاّ بالتسليم ، اذ فيه انّ المقصود ان كان استدلال في صـورة العلم بالعجز فيمتنع أن يكون الغرض ذلك لامتناعه حسب الفرض ، و ان كان في صورة اعتقاد القدرة أو احتمالها ، فلو سلّم أنّه الغرض فتخلّفه لا يستوجب الفساد ، و قد اشتهر أنّ تخلّف الغـرض لا يـوجب بـطلان العقد مع أنّ كون الغرض الانتفاع المترتّب على التسليم غير ظاهر .

و مثله الاستدلال بأنّ بذل الثمن على ما لا يقدر عـلى تسـليمه سـفه و أكل للمال بالباطل ، اذ فيه مع أنّه لا يتمّ فيما لو كان الثمن غير مقدور على تسليمه المنع من كونه سفهاً كلية ، لجواز أن يكـون الغـرض بـذله للمسلمين و اباحته لهم ، و لو كان مـع رجـاء حـصوله فـي يـده فـالامر أوضح، و لا سيّما مع كونه مالاً كثيراً و المبذول قليلاً .

هذا ، و الّذي يظهر من عبارات الاصحاب و معاقد الاجماع أنّ القدرة على التسليم شرط في صحة البيع .

و مال في الجواهر الى أنّ مرادهم انّ العجز مانع لا أنّ القدرة شرط ، وجعل الثمرة في ذلك جواز البيع مع الشك على الثـاني لاصـالة عـدم المانع و عدمه على الاوّل لاصالة عدم الشـرط ، و اسـتشهد عـلى ذلك بوقوع الخلاف منهم في صحة بيع الضالّ و الضالّة و الحيوان الممتنع ، كالجمل الشارد و الفرس الغائر ، فانّه لو كانت القدرة شرطاً عندهم تعيّن بناؤهم على البطلان لعدم العلم بها ، فليس ذلك الاّ لبنائهم على مانعية العجز ، ليمكن البناء على الصحة مع الشك لما عرفت .

و فيه أوّلاً : انّ المانع هو الامر الوجودي الّذي يلزم من وجوده العدم ، و العجز أمر عدمي ، فانّه عبارة عن عدم القدرة عمّا من شأنه أن يكـون

قادراً ، فالتقابل بينه و بين القدرة تقابل العدم و الملكة ، و العدم لا يكون مانعاً.

و ثانياً : انّه لو سلّم ذلك فالمرجع عند الشك فيه استصحاب الحالة السابقة ، فان كانت القدرة عمل عليها و ان كانت العجز عمل عليه ، و لا أصل لاصالة عدم المانع اذا لم ترجع الى الاستصحاب ،كما حقّق في محلّه.

و ثالثاً : لو سلّم ذلك اختصّ بالمانع الوجودي لا العدمي ، اذ مبنى الاصل المذكور أولويّة العدم بالممكن من الوجود ، فاذا كان المانع عدميّاً كان مقتضى ذلك ثبوته لا عدمه.

و رابعاً : انّ ما ذكرناه من الاختلاف في الموارد المذكورة لا يصلح شاهداً على ما ذكر.

أوّلاً : من أجل أنّه لو كان مرادهم ما ذكر تعيّن بناؤهم على الصحة للشك ، و لا وجه لهذه الاقوال المحكية.

و ثانياً : انّ لازم ما ذكره القول بالبطلان على تقدير انكشاف العجز ، لانّ الحكم بالصحة اعتماداً على أصالة عدم المانع ظاهري.

ثالثاً : انّ الّذي يظهر من كلمات القائلين بالصحّة انّ الوجه فيه عندهم التشكيك في صدق الغرر عرفاً ، أو التشكيك في عموم حكمه فيرجع الى عمومات الصحة ، و سيأتي في بيع الآبق التعرض لذلك ، فانتظر.

اعتبار القدرة على التسليم زمان استحقاق التسليم لا حين العقد

ثمّ انّ العبرة في الشرط المذكور انّما هو زمان استحقاق التسليم ، فانّه المستفاد من الادلّة المتقدمة ، و يترتب على ذلك عدم اعتبارها مع كون العين في يد المشتري ، اذ لا معنى لاستحقاقه التسليم حينئذ ، و كذا لو

كان المبيع ينعتق على المشتري ، فانّه لخروجه عن ملكه و صيرورته حرّاً لا يكون ممّا يستحقّ تسليمه ، و كذا في بيع السلف و نحوه ممّا كان التسليم فيه مؤجّلاً ، فانّه لا يقدح فقدها قبل الاجل لعدم كونه زمان التسليم المستحق .

ترتب الفضولي على ما نحن فيه

و كذا الكلام في عقد الفضولي و نحوه ممّا يتوقّف على اجازة غير العاقد ، فانّ عدم القدرة غير قادح قبل الاجازة لعدم تماميّة السبب الموجب لاستحقاق التسليم ، مع أنّ الاشكال فيه يختصّ بصورة عجز المالك عن التسليم ، اذ لو كان قادراً عليه حين العقد كان الشرط حاصلاً ، و ان كان العاقد عاجزاً عنه ، لانّ الشرط قدرة من يجب عليه التسليم و الوفاء بالعقد و هو المالك .

هذا ، و قد يستشكل في الفضولي بناء على القول بالكشف لتحقق الملك من حين العقد مع عدم القدرة على التسليم ، و يدفع بعدم ثبوت الاستحقاق للتسليم بمجرّد الملك ، بل لا بد فيه من الاجازة .

و فيه انّه خلاف قاعدة السلطنة ، فالاولى دفعه بما عرفت من أنّ عجز العاقد غير قادح و انّما القادح عجز المالك و هو غير المفروض ، و لو سلّم اعتبار قدرة العاقد فبناء على الملك بضميمة ما دلّ على استحقاق المالك لاخذ ملكه جواز تسليمه اليه ، و منع ذلك قبل الاجازة تفكيك بين الحق و حكمه كما هو مبنى الاشكال من دون وجه ظاهر ، كالتفكيك بين الملك و استحقاق التسليم كما هو مبنى الدفع ، فلاحظ و تأمّل .

و لو لم يقدر المشتري على تسليم الثمن في السلم لم يقدح ذلك في صحة العقد لو اتّفق حصوله لانتفاء الملك قبله ، فلا عجز عن التسليم

المستحق ، و النهي عن بيع الغرر لا مجال لتطبيقه الاّ في الغرر الحاصل في البيع الصحيح لولا الغرر ، فلا يشمل الغرر في القبض الّذي هو شرط الصحة ، فيكون دليل اعتبار القبض حاكماً على دليل النهي عن بيع الغرر ، فالقبض في الصرف و السلم نظير الاجازة في عقد الفضولي كلاهما دخيل في استحقاق التسليم و العجز عنه لا يستوجب صدق الغرر القادح في الصحة ، و الغرر في البيع العرفي ليس قادحاً لعدم عموم النهي المتقدّم له حينئذ ، و وجوب التسليم بمجرّد العقد في السلم لو تمّ الدليل عليه فهو حكم تعبّدي لا عن استحقاق التسليم ، اذ هو خلاف أدلّة شرطية القبض .

نعم لازم ما ذكرنا جواز الجهل بالعوضين في الفضولي اذا علم بهما حال الاجازة ، و لا بأس بالالتزام به الاّ أن يقوم الدليل خلافه ، و كذلك الكلام في الصرف و السلم .

انّ الشرط هی القدرة المعلومة للمتبايعين أو القدرة الواقعية

ثمّ انّ مقتضى اطلاق معاقد الاجماع بل صريح بعضها اعتبار القدرة حتّى مع العلم بالحال ، فما عن الفاضل القطيفي من الحكم بالصحة مع العلم غير ظاهر ، لا سيّما بناء على التمسك بحديث النهي عن بيع الغرر ، بناء على أنّ المراد به الجهل و لو بالحصول ، فانّ العلم بالعجز لا يرفع الجهل المذكور ، و لو كان المشتري قادراً على التسليم ، فعن جماعة صحة العقد لعموم الصحة و ظهور معاقد الاجماع في غيره ، لا أقلّ من عدم ظهورها فيه ، و لقصور النهي عن الغرر لانتفاء الغرر حينئذ .

هذا ، و مقتضى ظاهر كلماتهم و معاقد اجماعهم أنّ المدار في الصحة و عدمها على القدرة الواقعية ، فمعها يصح العقد و ان جهلت و مع انتفائها

يبطل و ان اعتقد حصولها ، لكن مقتضى حديث نفي الغرر بناء على التمسك به أنّ المدار على العلم بحصولها و لا يكفي وجودها الواقعي في الصحة ما لم يعلم لصدق الغرر حينئذ ، سواء اريد منه الجهل أو الخطر.

نعم لو اعتقد حصول القدرة فانكشف عدمها و كان ذلك موجباً لانتفاء المالية رأساً تعيّن البطلان لانتفاء المالية ، و الظاهر كفاية الوثوق بها في انتفاء الغرر عرفاً ، فلو اعتاد الطائر العود صحّ بيعه كما عن الفاضلين و الشهيدين و المحقق الثاني و غيرهم ، و في الجواهر : «لم أعرف مصرّحاً بالمنع ، و احتمال العدم لعدم الوثوق بالعود ، اذ ليس للطائر عقل باعث عليه كما عن نهاية الاحكام ضعيف ، اذ العادة كالعقل بل ربّما تكون أقوى في الحيوان منه في غيره.

و لو كانت القدرة معلومة الحصول بعد زمان الاستحقاق بمدّة ، فان كانت المدة يسيرة يتسامح بها فلا ينبغي الاشكال في الصحة لقصور معاقد الاجماع و كذا النهي عن الغرر ، و لو كانت طويله مضبوطة لا يتسامح بها كسنة أو أكثر ففي الصحة و عدمها قولان ، اختار أوّلهما في الشرائع و تبعه عليه جماعة ، و يقتضيه اطلاق الادلّة من دون مقيّد ظاهر ، اذ الاجماع على خلافه غير واضح بل منتف ، مع خلاف الجماعة المانع من حجيّة اطلاق المحكي منه ، و لا غرر مع العلم بالحال ، و ما تقدّم من اعتبارها في زمان الاستحقاق يراد منه ما يقابل وجودها قبله ، نعم لا يبعد حينئذ ثبوت الخيار مع الجهل للنقص من غير اقدام عليه.

و لو كانت المدة غير مضبوطة كالعبد المسافر لحاجة لا يعلم زمان انقضائها ، ففي صحة البيع اشكال ، و استظهر في الجواهر الجواز للعموم المؤيّد باطلاق الفتوى بجواز بيع ما لم يمكن تسليمه الاّ بعد مدّة ، حيث لم تشترطوا انضباط المدة ، و كلامهم في جواز بيع الغائب و الوديعة

و العارية و المغصوب و الآبق و السمك كالنص في ذلك ، ضرورة عدم انضباط المدة في ذلك و لا غرر بعد امكان التسليم ، و فوات المنفعة مدة التعذر ليس من الغرر في البيع ، و انّما هو غرر في غيره .

و يشكل بأنّ اطلاق الفتوى بالجواز غير ناظر الى هذه الجهة ، بل ناظر الى مجرّد جواز البيع في مقابل عدمه ، و كذا اطلاقهم جواز بيع الغائب و نحوه ، و لذا حكموا بعدم جواز بيع مسكن المطلقة المعتدة بالاقراء لجهالة وقت التسليم .

و لا فرق بين الجهل بالحصول و الجهل بزمان الحصول في صدق الغرر في البيع ، نعم تقدّم في بيع الوقف رواية الحسين بن نعيم المتضمّنة لجواز بيع الدار المجعول سكناها لرجل و لعقبه من بعده [١] ، لكن التعدّي عن موردها الى المقام غير ظاهر ، اذا كان مقتضى القواعد العامة المنع ، الاّ أن يستشكل في عموم النهي عن الغرر على نحو يشمل المقام كما عرفت في صدر المبحث و الاجماع و النصوص الدالّة على اعتبار العلم بالعوضين غير ظاهر فيما نحن فيه ، و سيأتي في مبحث اعتبار العلم ما له نفع في المقام ، ان شاء اللّه تعالى .

---

١ ـ عن الحسين بن نعيم قال : سألت أبا الحسن عليه السلام عن رجل جعل داره سكنى لرجل أيام حياته أو جعلها له و لعقبه من بعده هل هي له و لعقبه من بعده كما شرط ؟ قال : نعم ، قلت له : فان احتاج يبيعها ؟ قال : نعم ، قلت : فينقض بيع الدر السكنى ؟ قال : لاينقض البيع السكنى ، كذلك سمعت أبي عليه السلام يقول : قال أبوجعفر عليه السلام : لا ينقض البيع الاجارة و لا السكنى ، و لكن تبيعه على أن الذي اشتراه لا يملك ما اشترى حتّى تنقضي السكنى كما شرط و كذا الاجارة ـ الخبر . (التهذيب ٩:١٤١، الاستبصار ٤:١٠٤، الفقيه ٤:١٨٥، الكافي ٧:٣٨، عنهم الوسائل ١٩:١٣٥).

البحث عن القدرة على التسليم في الوكيل

هذا، و لا اشكال في اعتبار قدرة العاقد اذا كان مالكاً، كما لا اشكال في عدم الاعتبار بقدرته اذا كان وكيلاً في مجرّد اجراء الصيغة، كما لا اعتبار بعلمه بالعوضين الّذي هو شرط في صحة البيع.

أمّا لو كان وكيلاً في المعاملة و شؤونها نظير عامل المضاربة، فلا اشكال في كفاية قدرته و ان كان المالك عاجزاً عن التسليم، بل الظاهر كفاية قدرة موكّله ايضاً، لعدم الدليل على اعتبار أكثر من ذلك، فبناء على اعتبار العلم بالقدرة يكفي العلم بقدرة أحدهما، امّا العاقد أو الموكّل، و لا يحتاج في الاكتفاء بقدرة الموكّل الى رضاه برجوع المشترى اليه و لا رضا المشتري بالرجوع اليه، و ان كان يظهر من الجواهر حكايته عن بعض، اذ لا موجب له بعد ما عرفت من عدم الدليل على تقييد عموم الصحة بذلك.

و منه يظهر ضعف دعوى البطلان في الفضولي لفقد الشرط المذكور، مضافاً الى أنّ تفريع البطلان في الفضولي على ذلك غير ظاهر، اذ الفضولي ليس من قبيل الوكيل.

و مثلها في الاشكال الاعتراض عليها بأنّه قد يحصل الوثوق للفضولي بارضاء المالك فيتحقّق له القدرة على التسليم حال العقد، اذ فيه ما عرفت في تقريب الاستدلال بقوله صلّى الله عليه وآله: «لا تبع ما ليس عندك» [1]، من أنّ المراد من القدرة القدرة الفعلية الّتي لا تحصل بالقدرة على ارضاء المالك.

---

١ ـ صحيح البخاري ١:٢٠٣، السنن للنسائي ٤:١٢، المسند لاحمد ١:٤.

و مثل الاعتراض المـذكور فـي الاشكـال دفـعه بأنّ الفـرض يـخرج الفضولي عن كونه فضوليّاً لمصاحبة الاذن للبيع غايته حصولها بالفحوى، اذ فيه ما عرفت في مبحث الفضولي، من أنّ الاذن التقديرية غير كافية في صحّة العـقد، مـع أنّ القـدرة عـلى ارضـاء المـالك لا تسـتوجب الاذن بالفحوى و شاهد الحال، فلاحظ و تأمّل.

١ ـ الكلام في بيع الآبق منفرداً

المشهور بين الاصحاب بل المحكي عليه الاجماع صريحاً، و ظاهراً كما عن جماعة انّه لا يجوز بيع الآبق منفرداً، و يقتضيه مضافاً الى هذه الاجماعات و ما تقدّم آنفاً منها صحيحة النخاس الآتية[١]، فان قوله عليه السلام فيها: «لا يصلح»، و ان لم يكن ظاهراً في المنع، لكن قوله عليه السلام في ذيلها: «فانّ ذلك جائز»، قرينة على ارادة نفي الجواز من قوله عليه السلام: «لا يصلح»، مضافاً الى حديث النهي عن بـيع الغـرر، عـلى مـا عـرفت مـن تـقريب الاستدلال به.

و كما لا يجوز جعل الآبق منفرداً مثمناً لا يجوز جعله ثمناً، لعـدم الفرق بينهما في معاقد الاجماع هنا و في اعتبار القدرة على التسليم و في صدق الغرر، و ذكر المثمن مبني على عدم وضوح المناط عنده، و ان كان الظاهر ما ذكرنا كما قرّبه المتردّد.

---

١ ـ عن رفاعة النخاس قال: قلت لابي الحسن عليه السلام: أيصلح لي ان اشـتري مـن القـوم الجارية الابقة و اعطيهم الثمن و اطلبها انا؟ قال: لا يصلح شراؤها الا أن تشتري منهم معها ثوبا او متاعا، فتقول لهم: اشتري منكم جاريتكم فلانة و هذا المتاع بكذا و كذا درهما، فان ذلك جائز (الكافي ١٩٤:٥، التهذيب ١٢٤:٧، عنهما الوسائل ٣٥٣:١٧).

اعتبار القدرة على التسليم في الصلح

و هل يلحق الصلح بالبيع في ذلك أو لا ، لعدم ظهور المناط المطّرد فيه ، و معاقد الاجماع قاصرة عن شموله ، و للاشكال في اقتضاء النهي عن بيع الغرر للمنع لتوقّفه على الغاء خصوصية مورده ، و هو غير ظاهر ، و ما دار على ألسنة أكثر الاصحاب من نفي الغرر على نحو يستدلّون به في غير المعاوضات كالوكالة فضلاً عن المعاوضات كالاجارة و المزارعة و المساقاة و الجعالة ممّا لم يتضح له أصل يعتمد.

و ما يرسل في كلمات بعض عن النبي صلّى الله عليه و آله أنّه نهي عن الغرر ، فالظاهر أنّ المراد به ما سبق من النهي عن بيع الغرر ، و الاّ فمن البعيد جدّاً صدور النهي عن الغرر في كلّ شيء ، حتّى لو كان المراد به الخديعة ، ضرورة جوازها في كثير من الموارد بل رجحانها في بعضها كما لا يخفى ، فالقول بعدم اعتبار القدرة على التسليم في الصلح كما عن المسالك في مسألة رهن ما لا يقدر على تسليمه غير بعيد عملاً بالعموم الدالّ على جوازه .

و منه يظهر ضعف القول باعتبارها فيه مطلقاً ، أو فيما لم يكن مبنيّاً على المسامحة ، نعم لو بني على التمسك في البيع برواية ابن مسعود كان المنع في الصلح المتضمّن للمعاوضة في محلّه ، لعموم التعليل الّذي لا يطّرد في الصلح الّذي لا يتضمن معاوضة ، مثل أن يقول : صالحتك على أن يكون هذا لك و ذلك لي ، فلاحظ .

تعميمه الى بيع الضالّ و المجحود و المغصوب

هذا ، و مقتضى الاجماع على اعتبار القدرة على التسليم و النهي عن

بيع الغرر عدم جواز بيع الضالّ و المجحود و المغصوب كما عن جماعة، و كأنّ القول بجواز بيعه مراعى بالتسليم، فلو تعذّر تخيّر المشتري كما عن اللمعة مبني على التوقف في عموم معقد الاجماع لذلك و انتفاء الغرر بالخيار، و لكن التشكيك في عموم الاجماع غير ظاهر، و الخيار لو اقتضته القواعد لا يصلح لرفع الغرر بمعني الجهل في البيع.

نعم يرفع الغرر بمعنى الخطر لتدارك الضرر به، لكن أدلّة النهي عن بيع الغرر مقتضاها فساد البيع الخطري مع قطع النظر عن الحكم الشرعي، اذ ثبوت الحكم فرع ثبوت موضوعه، فلا يثبت الخيار الاّ في فرض صحّة البيع في نفسه، فلو كان البيع الخطري فاسداً امتنع ثبوت الخيار.

و كذا الحال في حكم الشارع بضمان المبيع على البائع قبل القبض، أو بعدم وجوب تسليم الثمن، فانّهما ايضاً لا يخرجان المورد عن الغرر القادح في الصحة، سواء أكان المراد به الجهل أم الخطر، لتفرّعهما على صحة البيع.

نعم لو كان الضمان أو الخيار مجعولين للمشتري بجعل المتعاقدين خرج البيع عن كونه خطريّاً، فلو كان المستند في المنع عن بيع الابق حديث النهي عن بيع الغرر، و فسّر بالخطر كان القول بصحّة بيع الآبق اذا كان مضموناً على البائع كما عن الاسكافي و العلامة في المختلف في محلّه، و كذا لو كان المستند في المنع عن بيع الآبق مختصّاً بالنصوص، فانّ للقول بالجواز في الفرض وجهاً، لامكان دعوى انصرافها عنه.

٢ ـ الكلام في بيع الآبق مع الضميمه

لا اشكال ظاهراً في جواز بيع الآبق مع الضميمة في الجملة، و عن

المختلف نفي الخلاف فيه، و يقتضيه صحيحة رفاعة النخاس، قلت لابي الحسن عليه السلام: أيصلح لي أن اشتري من القوم الجارية الآبقة و أعطيهم الثمن و أطلبها أنا؟ قال عليه السلام: «لا يصلح شراؤها الاّ أن تشتري منهم معها ثوباً أو متاعاً فتقول لهم: اشتري منكم جاريتكم فلانة و هذا المتاع بكذا و كذا درهماً فانّ ذلك جائز»[1].

و موثق سماعة عن ابي عبد اللّه عليه السلام في الرجل يشتري العبد و هو آبق عن أهله، قال عليه السلام: «لا يصلح الاّ أن يشتري معه شيئاً آخر فيقول: أشتري منك هذا الشيء و عبدك بكذا و كذا درهماً، فان لم يقدر على العبد كان الّذي نقده فيما اشترى معه»[2].

و ظاهر الطلب المذكور في سؤال الاولى، و قوله عليه السلام في الثانية: «فان لم يقدر ـ الخ»، الاختصاص بصورة رجاء الوجدان، بل قيل انّه ايضاً من معاقد الاجماعات المنقولة، فالمأيوس من الظفر به لا يجوز بيعه و لو مع الضميمة للغرر بناء على ما عرفت.

كما أنّ الظاهر من التعليل في الثانية الاختصاص بصورة كون الضميمة ممّا يجوز بيعه منفرداً، فلا يجوز كونها ممّا لا يقدر على تسليمه.

كون الشراء واقعاً على الآبق و الضميمة

ثمّ انّ ظاهر النص و الفتوى كون الشراء واقعاً على الآبق و الضميمة، و مقتضى قاعدة أنّ التلف قبل القبض في ملك البائع، أنّه لو صار العبد مأيوساً من الظفر به يوزع الثمن عليه و على الضميمة، بناء على شمول

---

١ ـ الكافي ٥: ١٩٤، التهذيب ٧: ١٢٤، عنهما الوسائل ١٧: ٣٥٣.

٢ ـ التهذيب ٧: ١٢٤، ٧: ٦٩، الفقيه ٣: ١٤٢، الكافي ٥: ٢٠٩، عنهم الوسائل ١٧: ٣٥٣.

القاعدة له كما هو ظاهر دليلها الوارد في سرقة المبيع ، لكن ظاهر قوله عليه‌السلام في الموثقة : «فان لم يقدر ـ الخ » ، عدم الرجوع على البائع فيما يقابل العبد من الثمن ، بل لعلّ ظاهره أنّ وقوع الشراء على الآبق مراعى بالظفر به ، فان لم يقدر عليه كان على الضميمة لا غير ، كما عن ظاهر كشف الرموز ، اذ لو كان المراد انقلاب المعاملة كان المناسب التعبير بقوله عليه‌السلام : صار الّذى ـ الخ .

اللّهم الاّ أن يحمل على ذلك بقرينة ظهور الصدر في وقوع الشراء منجّزاً على المجموع لا معلّقاً على الظفر بالآبق ، بل الصحيحة كالصريحة في ذلك ، فالوجه حينئذ حمل قوله عليه‌السلام : «كان الّذى ـ الخ» على معنى الانقلاب بعد التعذّر .

و لو مات العبد فلم يقدر عليه لذلك لم يبعد اجراء القاعدة لخروج الفرض عن ظاهر النص أو منصرفه ، و لو تلفت الضميمة قبل القبض ، فان كان بعد قبض الآبق كان تلفها على البائع ، فيرجع المشتري بما قابلها من الثمن ، و ان كان قبله لم يبعد انفساخ البيع حتّى بالاضافة الى الآبق ، لظهور النصوص في عدم الفرق في عدم صلاحية الآبق للبيع بين الحدوث و البقاء .

و مثله لو فسخ البيع في الضميمة لخيار و نحوه ، و أوضح منه ما لو عقد على الضميمة فضولاً فلم يجز المالك منها و أجاز في الآبق ، و لو وجد في الآبق عيباً بعد القدرة عليه أو قبلها جرى عليه حكم العيب من الرجوع بالارش ، نعم لو كان ذلك بعد تعذّر الادراك فليس له ذلك لانقلاب المعاملة و خروج العبد عن بعض المبيع كما عرفت ، فلا مجال حينئذ الرجوع بأرش عيبه .

٣ـ الكلام في اشتراط العلم بالثمن

المعروف اشتراط العلم بقدر الثمن، فلا يجوز البيع بحكم أحدهما اجماعاً صريحاً و ظاهراً حكاه جماعة، و يقتضيه ما دلّ على نفي الغرر في البيع، بناء على كون المراد منه الجهل أو الخطر، و لو بلحاظ بعض مراتب المالية، أمّا لو اختصّ بالخطر على أصل المالية كما أشرنا الى وجهه آنفاً فالاستدلال به على المقام غير ظاهر.

هذا، و في صحيحة رفاعة سألت أبا عبد اللّه عليه السلام فقلت له: ساومت رجلاً بجارية فباعنيها بحكمي فقبضتها منه ثمّ بعثت اليه بألف درهم فقلت له: هذه الالف درهم حكمي عليك فأبى أن يقبضها منّي، و قد كنت مسستها قبل أن أبعث اليه بألف درهم، فقال عليه السلام: «أرى أن تقوم الجارية بقيمة عادلة، فان كانت قيمتها أكثر ممّا بعثت اليه كان عليك أن تردّ ما نقص من القيمة، و ان كانت قيمتها أقلّ ممّا بعثت اليه فهو له، قلت له: أرأيت ان أصبت بها عيباً بعد أن مسستها؟ قال عليه السلام: ليس عليك أن تردّها عليه و لك أن تأخذ ما بين الصحة و العيب»[١].

و لكنّها لاتخلو من تدافع، لأنه لو صحّ البيع بحكم المشتري فلا وجه للتقويم بالقيمة العادلة ان كانت أكثر من حكمه، و الانصراف الى القيمة السوقية يقتضي لزومها و ان كانت أقلّ من حكمه، الاّ أن يدّعى الانصراف اليها بمعنى عدم جواز حكمه بأقلّ منها، لكنّه خلاف الظاهر، و لا سيّما بملاحظة عمل رفاعة، و ان بطل فلا وجه لمسّ الجارية، و لا الزام

---

١ ـ الفقيه ٣: ١٤٥، التهذيب ٧: ٦٩، الكافي ٥: ٢٠٩، عنهم الوسائل ١٧: ٣٦٤.

المشتري بالقيمة الّتى عيّنها ، و لا الزام المالك بأرش العيب ، فيتعيّن تأويلها .

و لعلّ الاقرب حملها على توكيل المشتري في البيع ، و يكون عدم قبول حكمه فيما لو كان أقلّ من القيمة السوقية لاجل الخيار من جهة الغبن أو الحيوان ، بناء على ثبوته للبائع .

و كيف كان فلا مجال للاخذ بظاهرها كما عن الحدائق بعد اعراض الاصحاب عنها .

و أضعف منه ما عن الاسكافي من تجويز قول البائع : بعتك بسعر ما بعت ، و يكون للمشتري الخيار ، اذ فيه انّه ان صحّ البيع فلا مقتضى للخيار و ان بطل للغرر فلا يصحّحه الخيار ، لانّ الحكم لايثبت موضوعه كما عرفت آنفاً .

٤ ـ الكلام في اشتراط العلم بالمثمن

العلم بالمثمن قدراً شرط ايضاً في صحّة البيع اجماعاً صريحاً و ظاهراً حكاه جماعة ، و يقتضيه حديث نفي الغرر في البيع على ما عرفت .

و استدلّ له بصحيح الحلبي في رجل اشترى من رجل طعاماً عدلاً بكيل معلوم ، و ان صاحبه قال للمشتري : ابتع منّي هذا العدل الآخر بغير كيل ، فانّ فيه مثل ما في الآخر الّذي ابتعت ، قال عليه‌السلام : «لايصلح الاّ بكيل ، قال : و ما كان من طعام سمّيت فيه كيلاً فانّه لايصلح مجازفة ، هذا

ممّا يكره من بيع الطعام»[1].

و يمكن الاشكال فيه بأنّ الاستدلال بالفقرة الاولى ينافيه ما دلّ من النصّ و الفتوى على جواز الاعتماد على اخبار البائع عن المقدار، مع أنّ: «لا يصلح»، أعمّ من المنع، و الاستدلال بالفقرة الثانية يتوقّف على كون قوله عليه السلام: «سمّيت فيه كيلاً»، بمعنى كونه مكيلاً، و هو غير ظاهر بل المحتمل كون المراد منه شراءه بعنوان الكيل، فلا يدلّ على وجوب الكيل كليّة، مع أنّه لفظ الكراهة و: «لايصلح»، أعمّ من الحرمة.

و فيه انّ اطلاق الكراهة و لايصلح ظاهر في المنع، على أنّ المحكي عن الفقيه روايته: «فلا يصحّ بيعه مجازفة»[2].

و أمّا الظهور في عدم الاعتماد على اخبار البائع فلا بدّ من رفع اليد عنه بالحمل على كون الاخبار مبنيّاً على الحدس المتّهم فيه البائع لا على الاختبار، و يناسبه عدم اخبار البائع بالكيل قبل كيل العدل الاوّل.

فالعمدة في الاشكال منع ظهور: «سمّيت فيه كيلاً»، في كونه مكيلاً و اجماله يسري الى الفقرة الاولى، فيشكل التمسّك به من هذه الجهة.

و بموثقة سماعة: سألته عن شراء الطعام و ما يكال و يوزن بغير كيل و لا وزن، فقال عليه السلام: «أما ان تأتي رجلاً في طعام قد كيل و وزن تشتري منه مرابحة، فلا بأس ان اشتريته و لم تكله و لم تزنه اذا كان المشتري الاوّل قد أخذه بكيل أو وزن و قلت له عند البيع: انّي أربحك كذا و كذا، و قد رضيت بكيلك و وزنك فلا بأس»[3]، و دلالتها ظاهرة.

و برواية محمد بن حمران المتضمّنة للمنع عن البيع بغير كيل اذا كان

---

١ ـ التهذيب ٧: ٣٦، الكافي ٥: ١٧٩، عنهما الوسائل ١٧: ٣٤٢.

٢ ـ الفقيه ٣: ١٣١.

٣ ـ التهذيب ٧: ٣٧، الكافي ٥: ١٧٨، عنهما الوسائل ١٧: ٣٤٦.

اشتراه كذلك اعتماداً على اخبار البائع[١] ، و برواية أبي العطارد قلت : فاخرج الكرّ و الكرّين فيقول الرجل : أعطنيه بكيلك ، فقال : «اذا ائتمنك فلا بأس» [٢]، و نحوها غيرها[٣] .

اعتبار الكيل و الوزن في جميع الموارد أو مختصّ بمورد وجود الغرر

ثمّ انّ القدر المستفاد من النصوص المذكورة اعتبار الكيل أو الوزن فيما يكال و يوزن ، سواء ألزم من تركهما غرر أم لا ، كما أنّ مقتضى حديث النهي عن بيع الغرر مانعية الغرر ، سواء أكان العوض ممّا يكال أو يوزن أم لا ، فبين مقتضى الدليلين عموم من وجه .

فمثل بيع الثمار على الاشجار و الزرع قائماً ، و الحيوان المقصود منه اللحم و نحوها باطل ، بمقتضى دليل النهي عن الغرر لحصول الغرر فيه ، لعدم العلم بمقداره حتّى مع المشاهدة ، و لا تقتضي النصوص اذا كانا ممّا يكال أو يوزن ، و لا يقتضي الحديث بطلانه ، اذ لا خطر فيه على

١ ـ عن محمد بن حمران قال : قلت لابي عبدالله عليه السلام : اشترينا طعاماً فزعم صاحبه أنّه كاله ، فصدّقناه و أخذناه بكيله ، فقال : لا بأس ، فقلت : أيجوز أن أبيعه كما اشتريته بغير كيل ؟ قال : لا ، أمّا أنت فلا تبعه حتّى تكيله (التهذيب ٧:٣٧، عنه الوسائل ١٧:٣٤٥).

٢ ـ عن أبي العطارد قال : قلت لابي عبدالله عليه السلام : أشتري الطعام فأضع في أوّله و أربح في آخره ، فأسأل صاحبي أن يحطّ عنّي في كلّ كرّ كذا و كذا ، قال : هذا لا خير فيه و لكن يحطّ عنك حمله ، قلت : ان حطّ عنّي أكثر ممّا وضعت ، قال : لا بأس به ، قلت : فأخرج الكرّ و الكرّين فيقول الرجل : أعطنيه بكيلك ، قال : اذا ائتمنك فلا بأس (التهذيب ٧:٣٨، الكافي ٥:١٧٩ ، عنهما الوسائل ١٧:٣٤٥).

٣ ـ عن عبدالرحمان بن أبي عبدالله أنّه سأل أبا عبدالله عليه السلام عن الرجل يشتري الطعام اشتريه منه بكيله و اصدّقه ؟ فقال : لا بأس و لكن لا تبعه حتّى تكيله ، (الفقيه ٣:١٣١ ، عنه الوسائل ١٧:٣٤٦).

المال ، نعم لو كان الغرر بمعنى الجهل اقتضى النهى عـنه البـطلان فـي الفرض المذكور لفرض الجهل بالمقدار .

و أمّا فتاوى الاصحاب و معاقد اجماعاتهم فمقتضاها يوافق مقتضى النصوص ، لكن قد يوهن ظهورها في ذلك استدلالهم بحديث النهي عن الغرر.

و كيف كان فقد عرفت الاشكال في الاستدلال بالحديث في المقام ، وكذا برواية ابـن مسـعود ، فـالعمدة هـو النـصوص ، و لو سـلّم امكـان الاستدلال بحديث الغرر فلا منافاة بينه و بين النصوص لكونهما من قبيل المثبتين فالعمل باطلاقها متعين ، و الظاهر قصورها عن اثبات البطلان في التعليل الّذي لم يتعارف وزنه ، كما لو دفع فلساً الى الدهّان و أراد به دهنّا لحاجة يكفيها اليسير منه ، و كون جنسه من المكيل لا يـقتضي اعـتبار الكيل فيه مطلقاً .

نظير الثمار الّـتي تـباع عـلى الاشـجار ، و الزرع الّـذى يـباع قـائماً ، و الحطب الّذي يباع في الآجام ، و الحيوان الّذى يباع للاكل و غير ذلك ، فانّ المدار على حاله حال البيع ، فاذا كان يختلف حاله من حيث كـونه مكيلاً أو موزوناً في حال و ليس كذلك في اخرى .

فالمدار في اعتبار أحدهما على كونه في تلك الحال ممّا يدخل في المكيال أو الميزان ، فان كان كذلك تعيّن كيله أو وزنه و الاّ فلا حاجة اليه .

حكم النقود الرائجة

و أمّا المسكوكات السلطانية ، فالظاهر أنّ ماليّتها تابعة لاعتبار السلطان و لا دخـل لـلمقدار فـيها ، و لاجـل ذلك لا حـاجة الى مـعرفة وزنـها لخروجها عن مورد النصوص المتقدمة ، بل هي أولى بالخروج عنه من

الثمار على الاشجار، فانّ الثمار تختلف ماليّتها باختلاف مقدارها وزناً أو كيلاً، و ليس كذلك المسكوكات السلطانية، فاذا جاز بيع الثمار بلا كيل أو وزن فأولى أن يجوز بيع المسكوكات كذلك، فانّها حينئذ أولى من الثمار في أن لا يكون من المكيل و الموزون.

و من ذلك يشكل اجراء أحكام الربا فيها، كما أشار الى ذلك الاردبيلي في مجمع البرهان، فتكون الدراهم بمنزلة الثوب الّذى ورد النص بجواز بيعه بالغزل الّذى هو من الموزون، لاشتمال الثوب على خصوصية أوجبت خروجه عن ملاحظة الوزن في ماليته.

اللّهم الاّ أن تكون من الموزون في عصر الشارع فتكون من هذه الجهة مورداً للربا، للاجماع على دخول الربا فيما كان موزوناً في زمان الشارع و ان صار غير موزون في الزمان اللاحق.

الكلام في المعدود

و الظاهر أنّه لا خلاف في وجوب معرفة العدد في المعدود، و تشير اليه صحيحة الحلبي عن أبي عبد اللّه عليه السلام انّه سئل عن الجوز لانستطيع أن نعدّه فيكال بمكيال ثمّ يعدّ ما فيه ثمّ يكال ما بقي على حساب ذلك العدد، قال عليه السلام: «لا بأس به»[1]، فانّها و ان لم تكن واردة في بيان وجوب العدد في الجوز لكنّها ظاهرة في اعتقاد السائل ذلك، فتقريره عليه حجة عليه.

و منها يظهر ضعف ما في مجمع البرهان من عدم الدليل على عدم جواز بيع المعدود الاّ عدّاً، و أنّ الاصل و العمومات و حصول التراضي

---

١ ـ التهذيب ٧:١٢٢، الكافي ٥:١٩٣، الفقيه ٣:١٤٠، عنهم الوسائل ١٧:٣٤٨.

الّذي هو العمدة في الدليل دليل قوي ، فاثبات خلافه مشكل .

الكلام في اجزاء كلّ من الوزن و الكيل في مورد الاخر

اختلفوا في جواز بيع المكيل وزناً و بالعكس و عدمه على أقوال ، ثالثها التفصيل بين الاوّل فيجوز و الثاني فلا ، لانّ الوزن أصل الكيل و أضبط و انّما عدل اليه في المكيلات للتسهيل .

و الّذى ينبغي أن يقال : انّ تقدير المبيع مثلاً بأحد التقديرين اذا كان المتعارف تقديره بالآخر تارة من حيث كونه طريقاً الى التقدير المتعارف فيه ، و اخرى من حيث كونه أصلاً في قباله ، و الاوّل تارة يكون التفاوت المحتمل ممّا يتسامح فيه ، و اخرى يكون ممّا لا يتسامح فيه .

و لا ينبغي الاشكال في الجواز في الاوّل ، من دون فرق بين كيل الموزون و وزن المكيل ، فانّه في الحقيقة تقدير بما يتعارف فيه ، و يشهد به رواية عبدالملك بن عمرو ، قلت لابي عبد اللّه عليه‌السلام : اشتري مائة راوية من زيت فاعترض راوية أو اثنين فأزنهما ثمّ آخذ سائره على قدر ذلك ، قال عليه‌السلام : «لا بأس» [1].

و أمّا الثاني فالجواز فيه لا يخلو من اشكال ما لم تثبت الطريقية شرعاً كما ثبتت طريقية اخبار البائع بالكيل ، و الاّ فمجرد الطريقة العرفية من جهة حصول الظن غير كاف في الخروج عن مقتضى النص المتقدّم .

و أمّا كفاية أحد التقديرين عن الآخر أصلاً فالمنسوب الى جماعة بل في الرياض نسبته الى المشهور كفاية الوزن في المكيل ، و النصوص

---

١ ـ الكافي ٥:١٩٤، الفقيه ٣:١٤٢ ، التهذيب ٧:١٢٢، الاستبصار ٣:١٠٢ ، عنهم الوسائل ١٧:٣٤٤.

المتقدمة على خلافه ، و كون الوزن أصل الكيل لو سلّم لا يجدي في جواز الخروج عنها .

و دعوى أنّ التقدير بالوزن موجب للخروج عن البيع جزافاً ممنوعة ، اذ معرفة وزن المبيع المكيل لاترتبط بمعرفة مقداره الّذي تدور المالية مداره ، و ليس معرفة وزنه المتعارف في غيره الآكمعرفة وزنه غير المتعارف كثقل صخرة مجهولة المقدار كما لا يخفى .

و من ذلك يظهر الاشكال في جواز بيع الموزون بالكيل ، فانّه لايخرج عن كونه جزافاً ، و لا فرق بينه و بين معرفة مقداره بكيل مجهول المقدار مثل ملء اناء أو ظرف معيّن، فكما أنّ معرفة مقدار كيله بذلك لا يخرجه عن بيع الجزاف كذلك كيله بالمكاييل المتعارفة في غيره .

هذا ، و في الدروس : «و لو أسلم في الكيل وزناً و بالعكس فالوجه الصحة لرواية وهب عن الصادق عليه السلام ـ انتهى» ، و مراده رواية وهب عن الصادق عليه السلام : « لا بأس بالسلف ما يوزن فيما يكال و ما يكال فيما يوزن »[1] .

لكن الظاهر من معنى الرواية انّما هو لا بأس بسلف المكيل في الموزون و بالعكس لا جواز تقدير المكيل بالوزن و بالعكس ، و احتمل في مفتاح الكرامة أن يكون قوله : « وزناً » ، في عبارة الدروس بمعنى الموزون فيوافق ظاهر الرواية ، لكنّه يخالف ظاهر كلامه .

و كيف كان فالرواية لا تصلح لاثبات ما هو ظاهر العبارة ، لقصورها سنداً و دلالة كما في الرياض و غيرها .

---

١ ـ التهذيب ٧:٤٤، الاستبصار ٣:٧٩، الفقيه ٣:١٦٧، عنهم الوسائل ١٨:٢٩٦.

الكلام في المعدود اذا كان الكيل أو الوزن طريقاً اليه

و أمّا المعدود فاستعمال الكيل أو الوزن فيه طريقاً الى العدد لا اشكال فيه ظاهر، اذا كان لا يحتمل الخطأ الاّ بمقدار يتسامع فيه و الاّ اشكل ذلك، بل ظاهر التقييد بالتعذّر في الشرائع و غيرها، بل المنسوب الى كثير عدم جوازه، لفوات التقدير بالعدد، نعم يجوز في حال الضرورة لما تقدّم من صحيح الحلبي [1]، اذ الظاهر كون موردها من هذا القسم.

و لاجل ذلك يشكل حمل التقييد في كلام السائل بعدم استطاعة العدّ على بيان سبب العدول عن العدّ لا لاجل اعتقاد عدم الجواز كي يكون عدم الردع تقريراً من الامام عليه السلام، فما عن الروضة و في المسالك من الجواز مطلقاً ضعيف.

اللّهم الاّ أن يستند في الجواز مطلقاً الى عموم الصحة، اذ لا اجماع على المنع، و التقييد في كلام السائل مجمل الوجه فلا تصلح الرواية لتخصيص العموم.

الكلام في المعدود و كفاية الكيل أو الوزن عنه استقلالاً

و أمّا استعمال الكيل أصلاً فيشكل جوازه بل الظاهر عدمه، لأنّه جزاف، و لا يزيد على المشاهدة.

و أمّا استعمال الوزن أصلاً فيه، فظاهر ما ذكروه في جواز اسلام المعدود وزناً جوازه عندهم، و لا يخلو من اشكال، لمخالفته ظاهر

---

١ ـ عن الحلبي عن أبي عبد اللّه عليه السلام انّه سئل عن الجوز لانستطيع أن نعدّه فيكال بمكيال ثمّ يعدّ ما فيه ثمّ يكال ما بقي على حساب ذلك العدد، قال عليه السلام: لا بأس به. (التهذيب ١٢٢:٧، الكافي ١٩٣:٥، الفقيه ١٤٠:٣، عنهم الوسائل ٣٤٨:١٧).

الرواية المتقدّمة، و لحديث النهي عن بيع الغرر بناء على صحة الاستدلال به على اعتبار العلم بقدر العوضين.

اختلاف البلدان في الكيل و الوزن

مقتضى الحديث المذكور أن لو اختلف البلدان في الاوزان و المكاييل كما في زماننا هذا، وجب علم من لم يكن من أهل البلد أن يعرف مقدار نسبة الوزن و المكيال الى ما في بلده من الوزن و المكيال، اذ لولا ذلك كان غرراً بل هو ظاهر المنع عن بيع المجازفة في صحيح الحلبي، لانّ المكيال المتعارف اذا كان مجهول المقدار كغير المتعارف، فتأمّل.

و أمّا بقية النصوص فلا اطلاق فيها يقتضي حواز التقدير بكلّ كيل أو وزن و ان كان مجهول المقدار، لأنّها في مقام اعتبار الكيل و الوزن في مقابل تركهما، و أمّا صحيح الحلبي: «لا يصلح للرجل أن يبيع بصاع غير صاع المصر»، كما صرّح به في ذيل خبر محمد الحلبي، فلا اطلاق له يدلّ على جواز البيع بصاع المصر و ان جهل مقداره، فما عليه سيرة المسافرين من الشراء بوزن البلد الّذي يحضرونه أو بكيله مع جهلهم بالمقدار لا يخلو من اشكال.

اللّهم الاّ أن تكون سيرة معتدّاً بها في اثبات جواز ذلك، أو أن يكون المراد بالمجازفة في الصحيح التخمين بلا وزن و لا كيل أصلاً كما هو مورده، و مع كونه متعارفاً في البلد يشكل صدق الخطر معه، فيشكل لذلك تطبيق حديث النهي عن الغرر، فلاحظ و تأمّل.

تعيين المناط في كون الشيء مكيلاً أو موزوناً

قال في مجمع البرهان: «ثمّ اعلم أنّهم قالوا: المراد بالمكيل

و الموزون ما ثبت فيهما الكيل و الوزن في زمانه صلّى الله عليه و آله ، و حكم الباقي في البلدان ما هو المتعارف فيهما ، فما كان مكيلاً في بلد أو موزوناً فيه يباع كذلك و الاّ فلا » ، و نحوه قال في الكفاية ، و ظاهره النسبة الى الاصحاب ، و في الحدائق نسبته الى تصريح الاصحاب .

و كأنّ مأخذ هذه النسبة ما عن المبسوط من قوله : «اذا كانت عادة الحجاز على عهده صلّى الله عليه و آله في شيء الكيل لم يجز الاّ كيلاً في سائر البلاد ، و ما كانت فيه وزناً لم يجز فيه الاّ وزناً في سائر البلاد ، و المكيال مكيال أهل المدينة و الميزان ميزان أهل مكة ، هذا كلّه بلا خلاف ، فان كان ممّا لا تعرف عادته فيه في عهده صلّى الله عليه و آله حمل على عادة البلد الّذي فيه ذلك الشيء ، فما عرف بالكيل لا يباع الاّ كيلاً ، و ما كان العرف فيه الوزن لا يباع الاّ وزناً ـ انتهى ».

قال في مفتاح الكرامة بعد حكاية ذلك عن المبسوط : «و ذلك كله خيرة التذكرة و نهاية الاحكام و الكتاب و المختلف و حواشي الشهيد و المسالك و غيرها و هو المنقول عن القاضي ـ انتهى ».

و كأنّه يريد بالنقل عن القاضي ما في المختلف ، فانّه بعد ما حكي عبارة المبسوط المتقدّمة قال : « و كذا قال ابن البراج ، و هو الاقرب ـ انتهى ».

و من ذلك تعرف الاشكال فيما ذكره في الجواهر من قوله رحمه الله : «و دعوى الاجماع هنا على كون المدار على زمان النبي صلّى الله عليه و آله على الوجه الّذي عرفته غريبة ، فانّي لم أجد ذلك في كلام أحد من الاساطين فضلاً عن أن يكون اجماعاً ، نعم قد ذكروا ذلك بالنسبة الى حكم الربا كما تسمعه في محلّه ، لا أنّه كذلك ايضاً بالنظر الى الجهالة و العلم و الغرر و عدمه الّذي من المعلوم عدم المدخلية لزمانه صلّى الله عليه و آله في رفع شيء من ذلك و اثباته ـ انتهى ».

و هذا هو العمدة في الاشكال عليه، و أمّا الاشكال بأنّ المقطوع به بعد التتبع أنّ الموضوع هنا و في مسألة الربا واحد، و هو المكيل و الموزون قد حمل عليه حكمان: أحدهما عدم صحة بيعه جزافاً و الآخر عدم صحة بيعه متفاضلاً، ففيه انّ ذلك مسلّم لولا ما ذكروه في باب الربا، من أنّ الاعتبار بالمكيل و الموزون ما كان في عصر النبي صلّى الله عليه وآله، فانّ تعرّضهم لذلك هناك و عدم تعرّضهم له هنا يقتضى التفكيك بينهما في المراد.

و مثله في الاشكال الاشكال بأنّ المذكور في كلام جماعة تصريحاً و تلويحاً أنّ من شرط الربا كون الكيل و الوزن شرطا في صحّة بيعه، و منهم المحقق في الشرائع، فانّه فرّع على اعتبار الكيل و الوزن في الربا عدم الربا في الماء معّلاً ذلك بعدم اشتراط الكيل و الوزن في بيعه، و قد اعترف في الجواهر بذلك في شرح هذه المسألة، حيث أورد على جريان الربا في الماء لأنّه لا يباع سلفاً الاّ وزناً، بقوله: «و فيه انّ الوزن في السلم للضبط لا لأنّه يعتبر في صحّة بيعه ذلك، فالاقوى عدم جريان الربا فيه ـ الخ».

وجه اندفاع الاشكال أنّ من الجائز أن يكون مرادهم اعتبار الكيل أو الوزن في صحّة بيعه في عهد الشارع لا مطلقاً، فلا منافاة بين كلامهم هذا و بين اعتبارهم الكيل و الوزن في زمان الشارع.

و هذا الاحتمال و ان كان بعيداً عن ظاهر الكلام الاّ أنّه يمكن ارتكابه بقرينة عدم تعرّضهم لذلك في المقام.

فاذاً العمدة الاشكال الاوّل، من ظهور الاتفاق في كلام جماعة على أنّ المدار في التقدير المعتبر في صحّة البيع التقدير المعروف في زمان الشارع، فكيف يصحّ حينئذ استغراب دعوى الاجماع أو انكار وجوده في كلام أحد من الاساطين.

و الموزون ما ثبت فيهما الكيل و الوزن في زمانه صلى الله عليه و آله، و حكم الباقي في البلدان ما هو المتعارف فيهما، فما كان مكيلاً في بلد أو موزوناً فيه يباع كذلك و الاّ فلا»، و نحوه قال في الكفاية، و ظاهره النسبة الى الاصحاب، و في الحدائق نسبته الى تصريح الاصحاب.

و كأنّ مأخذ هذه النسبة ما عن المبسوط من قوله: «اذا كانت عادة الحجاز على عهده صلى الله عليه و آله في شيء الكيل لم يجز الاّ كيلاً في سائر البلاد، و ما كانت فيه وزناً لم يجز فيه الاّ وزناً في سائر البلاد، و المكيال مكيال أهل المدينة و الميزان ميزان أهل مكة، هذا كلّه بلا خلاف، فان كان ممّا لا تعرف عادته فيه في عهده صلى الله عليه و آله حمل على عادة البلد الّذي فيه ذلك الشيء، فما عرف بالكيل لا يباع الاّ كيلاً، و ما كان العرف فيه الوزن لا يباع الاّ وزناً ـ انتهى».

قال في مفتاح الكرامة بعد حكاية ذلك عن المبسوط: «و ذلك كله خيرة التذكرة و نهاية الاحكام و الكتاب و المختلف و حواشي الشهيد و المسالك و غيرها و هو المنقول عن القاضي ـ انتهى».

و كأنّه يريد بالنقل عن القاضي ما في المختلف، فانّه بعد ما حكي عبارة المبسوط المتقدّمة قال: « و كذا قال ابن البراج، و هو الاقرب ـ انتهى».

و من ذلك تعرف الاشكال فيما ذكره في الجواهر من قوله رحمه الله: «و دعوى الاجماع هنا على كون المدار على زمان النبي صلى الله عليه و آله على الوجه الّذي عرفته غريبة، فانّي لم أجد ذلك في كلام أحد من الاساطين فضلاً عن أن يكون اجماعاً، نعم قد ذكروا ذلك بالنسبة الى حكم الربا كما تسمعه في محلّه، لا أنّه كذلك ايضاً بالنظر الى الجهالة و العلم و الغرر وعدمه الّذي من المعلوم عدم المدخلية لزمانه صلى الله عليه و آله في رفع شيء من ذلك و اثباته ـ انتهى».

و هذا هو العمدة في الاشكال عليه، و أمّا الاشكال بأنّ المقطوع به بعد التتبع أنّ الموضوع هنا و في مسألة الربا واحد، و هو المكيل و الموزون قد حمل عليه حكمان: أحدهما عدم صحة بيعه جزافاً و الآخر عدم صحة بيعه متفاضلاً، ففيه انّ ذلك مسلّم لولا ما ذكروه في باب الربا، من أنّ الاعتبار بالمكيل و الموزون ما كان في عصر النبي صلّى الله عليه وآله، فانّ تعرّضهم لذلك هناك و عدم تعرّضهم له هنا يقتضى التفكيك بينهما في المراد.

و مثله في الاشكال الاشكال بأنّ المذكور في كلام جماعة تصريحاً و تلويحاً أنّ من شرط الربا كون الكيل و الوزن شرطا في صحّة بيعه، و منهم المحقق في الشرائع، فانّه فرّع على اعتبار الكيل و الوزن في الربا عدم الربا في الماء معّلاً ذلك بعدم اشتراط الكيل و الوزن في بيعه، و قد اعترف في الجواهر بذلك في شرح هذه المسألة، حيث أورد على جريان الربا في الماء لأنّه لا يباع سلفاً الاّ وزناً، بقوله: «و فيه انّ الوزن في السلم للضبط لا لأنّه يعتبر في صحّة بيعه ذلك، فالاقوى عدم جريان الربا فيه - الخ».

وجه اندفاع الاشكال أنّ من الجائز أن يكون مرادهم اعتبار الكيل أو الوزن في صحّة بيعه في عهد الشارع لا مطلقاً، فلا منافاة بين كلامهم هذا و بين اعتبارهم الكيل و الوزن في زمان الشارع.

و هذا الاحتمال و ان كان بعيداً عن ظاهر الكلام الاّ أنّه يمكن ارتكابه بقرينة عدم تعرّضهم لذلك في المقام.

فاذاً العمدة الاشكال الاوّل، من ظهور الاتفاق في كلام جماعة على أنّ المدار في التقدير المعتبر في صحّة البيع التقدير المعروف في زمان الشارع، فكيف يصحّ حينئذ استغراب دعوى الاجماع أو انكار وجوده في كلام أحد من الاساطين.

نعم يوهن الاتّفاق المذكور اعتبارهم العلم بالعوضين في البيع و اعتبارهم للكيل في المكيل و الوزن في الموزون و العدّ في المعدود لكونها طريقاً الى العلم المذكور ، و استدلالهم على اعتباره بحديث النهي عن الغرر ، و النصوص المتقدمة الظاهرة في اعتبار الكيل طريقاً الى العلم ، فانّ ذلك كلّه لا يناسب اعتبار التقدير المتعارف في زمان الشارع بالخصوص تعبّداً و لو مع حصول الغرر و عدم العلم بالمقدار كما لا يخفى .

و لو اغمض النظر عن ذلك فلا دليل على ما ذكروه من أنّه اذا لم يعلم تقديره في زمان الشارع يتعيّن التقدير بالمتعارف في البلدان في زمان البيع ، و لا يجوز التقدير المتعارف في بلد بالخصوص ، و مع اختلاف البلدان يتعيّن التقدير المتعارف في بلد البيع .

و توجيه الاعتبار في التقدير بعادة الشارع بوجوب حمل اللفظ على المتعارف عند الشارع ، فيه انّ الكلام ليس في مفهوم لفظ الكيل و الوزن بل في مصداقه ، و ظاهر الادلّة المتقدّمة الاعتبار بمصداقه في زمان البيع كما يقتضيه ظاهر تعليق الحكم على العنوان مثل : المسافر يقصر ، و : الحاضر يتمّ ، و : صلّ خلف العادل ، و : اسأل العالم ، و نحوها .

و منه يظهر الاشكال في توجيه كون المرجع فيما لم يعلم عادة الشرع هي العادة العرفية ، بأنّ الحقيقة العرفية هي المرجع عند انتفاء الشرعية ، كتوجيه كون المرجع عادة كلّ بلد اذا اختلفت البلدان بأنّ العرف الخاص قائم مقام العام عند انتفائه ، فانّ ذلك في غير ما نحن فيه ، و ان حكي عن جماعة من الاعاظم .

من هنا يظهر موهن آخر للاجماع المحكي في كلام الجماعة ، و لاجله يشكل الاعتماد عليه في الخروج عن ظاهر الادلّة المتقدمة .

ما يشكل الحكم اذا كان المناط فى المكيل و الموزون زمان الشارع

ثمّ لو بني على الاعتماد عليه فقد يشكل الحكم في موارد :

١ ـ ما لو علم بالتقدير في عهد الشارع و تردّد بين الكيل و الوزن مثلاً ، و مقتضى الادلّة المتقدمة العمل بالمتعارف في مكان البيع ، فان كان كلّ منهما متعارفاً تخيّر لعدم المرجّح ، نعم لو كان المورد داخلاً في معقد الاجماع المتقدّم ، بناء على شموله لصورة العلم الاجمالي ، كان مقتضاه الاحتياط بالتقدير بهما معاً .

٢ ـ ما لو علم أنّه غير مقدّر في عهد الشارع ، فقد يقال بعدم لزوم التقدير فيه عملاً بالسيرة في زمان الشارع ، لكن لمّا كان من المحتمل أن يكون ترك التقدير لعدم الاعتداد بمالية ما به التفاوت على نحو يلزم الغرر من ترك التقدير ، لم يجز رفع اليد عن عموم أدلّة الغرر ، و لو صار ما به التفاوت ذا مالية معتدّ بها في صدق الغرر .

مضافاً الى اطلاق ما دلّ على اعتبار التقدير من النصوص المتقدّمة المقتصر في الخروج عنها على مورد الاجماع ، و هو غير ما نحن فيه ، و عدم دخول ما نحن فيه فيها لخروجه عن موضوعها في عهد الشارع لا يقتضي خروجه عنها بعد دخوله في موضوعها في العهد اللاحق .

اللّهم الاّ أن يكون الاجماع المتقدّم قرينة على حمل النصوص على خلاف ظاهرها كما عرفته من الجماعة ، فحينئذ لا يمكن العمل بها في المقام ، و يكون المرجع الاطلاق المقتضي لعدم التقدير ، و كذا لو استمرّ عدم التقدير فيه .

٣ ـ ما لو فرض كون الشيء في عهد الشارع مقدّراً في بلد غير مقدّر في بلد آخر ، فانّه لا اشكال في الحكم في بلد التقدير ، و أمّا بلد عدم التقدير

فالكلام فيه هو الكلام فيما قبله.

٤ ـ ما لو بيع في الصحراء، و الحكم فيه أنّه مع اتّفاق البلدان في التقدير و عدمه يجري عليه حكمها لصدق العنوان الوجودي و العدمي، و مع الاختلاف في البلدان لايجب فيه التقدير لعدم شمول النصوص لمثله حينئذ، نعم لو بني على صلاحية حديث النهي عن الغرر للاستدلال به على المقام كان هو المرجع، فيجب فيه التقدير الرافع للغرر، فلاحظ، و هو سبحانه ولي التوفيق.

٥ ـ الكلام في الاعتماد باخبار البائع بقدر المثمن

قال في محكي التذكرة: «لو أخبر البائع بكيله ثمّ باعه بذلك الكيل صحّ عندنا، و عن الرياض أنّه لا خلاف في جواز الاعتماد في الكيل و الوزن على اخبار البائع ـ انتهى».

و يشهد له غير واحد من النصوص، و ما تقدّم في صحيح الحلبي من المنع عن الاعتماد على اخبار البائع محمول على الاخبار عن الحدس كما عرفت [١].

و مقتضى اطلاق النصوص عدم الفرق بين صورة عدالة البائع و غيرها، نعم لا يبعد انصرافها الى صورة سكون المشتري الى الاخبار، و يقتضيه

١ ـ عن الحلبي، عن ابي عبدالله عليه السلام أنّه قال في رجل اشترى من رجل طعاماً عدلاً بكيل معلوم، و ان صاحبه قال للمشتري: ابتع منّي هذا العدل الآخر بغير كيل، فانّ فيه مثل ما في الآخر الّذي ابتعت، قال: لايصلح الاّ بكيل، قال: و ما كان من طعام سمّيت فيه كيلاً فانّه لايصلح مجازفة، هذا ممّا يكره من بيع الطعام. (التهذيب ٧:٣٦، الكافي ٥:١٧٩، عنهما الوسائل ١٧:٣٤٢).

ما في خبر أبي العطارد المتقدّم من قوله عليه السلام : «اذا ائتمنك فلا بأس»[١]، فلا يكفي مجرد الخبر و لو مع التهمة الموجبة لعدم كون الخبر طريقاً عرفيّاً .

اللّهم الاّ أن يقال : اذا كان المستند في وجوب التقدير حديث النهي عن الغرر فهو لا يقتضيه لانتفاء الغرر ببناء المتعاملين على المقدار الخاص ، فانّ ذلك ليس بأدون من بيع العين الغائبة على أوصاف مذكورة في العقد .

اللّهم الاّ أن يقال بالفرق بين المقامين، بأنّ التعهد بالوصف تعهّد بغير ما هو ركن المعاملة بخلاف المقام ، و لذا لو تبيّن النقصان كان التحقيق وجوب الرجوع ببعض الثمن لبطلان البيع في بعض المبيع لانتفاء موضوعه ، فلو كان مثل هذا التعهد موجباً لانتفاء الغرر لجاز بيع ما لا يعلم وجوده و لو في المستقبل لحصول التعهد المعاملي فيه مثل ما نحن فيه .

فانّ تعهّد البائع بكون المبيع عشرة مع احتمال كونه تسعة راجع الى تعهّدين: أحدهما التعهّد بوجود العاشر المقابل ببعض الثمن و هو تعهد بوجود المبيع ، و لذا يستوجب التخلف فيه الرجوع ببعض الثمن ، و ثانيهما تعهّده بوجوده بلحاظ وصف الانضمام الى التسعة ، و هو زائد على التعهد المعاملي نظير التعهد بالوصف ، و لذا يستوجب خيار تبعض الصفقة بالاضافة الى بيع التسعة ، فالتعهد الاوّل ليس زائداً على ما تقتضيه

---

١ ـ عن أبي العطارد قال : قلت لابي عبدالله عليه السلام : أشتري الطعام فأضع في أوّله و أربح في آخره ، فأسأل صاحبي أن يحطّ عنّي في كلّ كرّ كذا و كذا ، قال : هذا لا خير فيه و لكن يحطّ عنك حمله ، قلت : ان حطّ عنّى أكثر ممّا وضعت ، قال : لا بأس به ، قلت : فأخرج الكرّ و الكرّين فيقول الرجل : أعطنيه بكيلك ، قال : اذا ائتمنك فلا بأس (التهذيب ٧:٣٨، الكافي ٥:١٧٩ ، عنهما الوسائل ١٧:٣٤٥).

المعاملة ، فلو كان مثله كافياً في رفع الغرر كان اللازم جواز بيع مجهول الوجود رأساً و هو كما ترى .

مضافاً الى ما يأتي ان شاء اللّه تعالى من الاشكـال فـي ارتـفاع الغـرر بمجرّد توصيف المبيع من حيث هو ، بل لا يبعد كون ارتفاعه باعتبار أنّ التوصيف راجع الى الاخبار عن الوصف ، لما اشتهر من أنّ الاوصاف قبل العلم بها أخبار ، فراجع .

الحكم اذا تبيّن الخلاف في المبيع بالنقيصة

هذا ، و لو تبيّن الخلاف فامّا أن يكون بالنقيصة أو بالزيادة ، ففي الاوّل فهل يبنى على بطلان العقد أو على صحّته ، فيتخيّر المشتري بين الفسخ و الامضاء بتمام الثمن أو ببعض الثمن ، وجوه أو أقوال ، أقواها الاخير ، اذ المقام من باب تبعّض الصفقة الّذي يكـون الانشـاء فـيه بـنحو تـعدّد المطلوب ، فلا يتمّ البطلان المبني على خـروج النـاقص عـن مـوضوع المعاملة .

كما لا يتمّ البناء على الامضاء بتمام الثمن المبني على كون القدر من قبيل الوصف الملحوظ عنواناً للمبيع زائداً عليه لا طـريقاً اليـه ، و هـو خلاف المرتكز العرفي في التقدير المعتبر في صحة البيع .

نعم ربّما يكون كذلك اذا لم يكن معتبراً في الصحة ، مثل الدبس الّذي هو من الموزون يباع مائة منّ منه على أن يملا عشرة أصوع فتبيّن أنّه مائة منّ و لا تملأ عشرة أصوع ، لكنّه خارج عمّا نحن فيه ، و حكمه التخيير بين الفسخ و الامضاء بتمام الثمن.

و لذا قد تكون الزيادة في القدر نقصاً للوصف المعتبر فيه حين البيع مثل أن يتبيّن أنّه يملأ عشرين صاعاً في المثال المذكور لرقته ، فانّ مثل

هذه الزيادة تستوجب الخيار للمشتري ، لأنّها نقص وصف ، نظير ما لو باعه ثوباً أذرعا معيّنة على أن يكون وزنه مائة مثقال فتبيّن أنّ وزنه مائتا مثقال لغلظته .

و بالجملة : التقدير المعتبر في صحة البيع ما لوحظ طريقاً الى كم المبيع ، فاذا فات فات بعض المبيع المقابل ببعض الثمن ، فيبطل البيع بالنسبة الى البعض المذكور و يبقى ثمنه للمشتري .

نعم له الخيار في الباقي لتخلّف وصف الانضمام ، نظير باب تبعّض الصفقة .

و من ذلك يتعيّن حمل ما في القواعد من قوله رحمه الله : «فان نقص أو زاد تخيّر المغبون ـ انتهى» ، على أنّه تخيّر المشتري مع النقيصة و البائع مع الزيادة ، و تسميته مغبوناً بلحاظ فوات شرطه ، لا أنّ الخيار خيار الغبن ، كما ذكر في مفتاح الكرامة و فرّع عليه عدم الاعتبار بالتفاوت اليسير كما هو حكم الغبن في المالية ، فانّه لا وجه له ، اذ قد لا يكون تفاوة بين الواجد للوصف و الفاقد في المالية .

و مثله في الاشكال ما عن بعض ، من تعليل ذلك بأنّ الخيار انّما يثبت في تخلّف الوصف اذا اشترط في متن العقد ، اذ فيه انّ ذلك المقدار انّما يقتضي عدم كونه من خيار تخلّف الوصف و لا يثبت كونه خيار الغبن .

الحكم اذا تبيّن الخلاف في المبيع بالزيادة

هذا ، و من ذلك تعرف حكم ما لو تبيّنت الزيادة ، فانّه لا وجه ظاهر للبطلان فيه ، و لا للخيار للبائع بين الفسخ و الامضاء بتمام الثمن ، بل يتعيّن رجوعه بالزيادة ، و يكون للمشتري الخيار للشركة بين المالين من دون اقدام منه عليها ، و أمّا البائع فانّه و ان لزم من البيع الشركة في ماله

و هو المقدار الزائد الاّ أنّها ليست شركة في موضوع البيع ، و مثله لا يستوجب الخيار.

و من ذلك تعرف أنّ ما تقدّم عن القواعد من الخيار للمغبون المنطبق في الفرض على البائع مبني على أنّ الخيار من قبيل خيار تخلّف الوصف اللازم للامضاء بتمام المثمن لا الامضاء ببعض المثمن كما قرّبناه ، و الاّ فقد عرفت أنّ الخيار للمشتري فقط .

ثمّ انّ في حكم اخبار البائع سائر الطرق العرفية القائمة على مقدار العوضين، فمعها يصح البيع ، و لو انكشفت الزيادة و النقيصة جرى ما تقدّم من تبعّض الصفقة و خيارها .

اذا اتّفق تعلّق الغرض بصرف الوجود بدون ملاحظة القدر

ما ذكرنا كلّه انّما يجري مع قصد المعاوضة على المقدار بأبعاضه ، مثل الصبرة المكيلة على أن يكون كلّ صاع منها بكذا أو السمن الموزون على أن يكون الرطل بكذا ، أمّا اذا اتّفق تعلّق الغرض بصرف الوجود بدون ملاحظة القدر و تطبيق أبعاض الثمن على أبعاض المثمن ففي وجوب الكيل و الوزن فيه تأمّل ، لاحتمال اختصاص نصوصهما بالصورة السابقة .

نعم الظاهر عموم حديث النهي عن بيع الغرر له كغيره ، لكن عرفت الاشكال في الاستدلال بالحديث على أمثال المقام ، و كيف كان فلو أخبر البائع بالكيل أو الوزن ارتفع الغرر و صحّ البيع ، فلو تبيّنت النقيصة أو الزيادة كان الخيار للمشتري أو البائع ، و لم يجز الرجوع ببعض المثمن أو المثمن.

و ما يظهر من شيخنا الاعظم رحمه الله في صدر هذه المسألة و في صدر

المسألة السابقة في توجيه صحيحة الحلبي من البطلان حينئذ غير ظاهر، اذ لا دليل على اعتبار ملاحظة تطبيق أبعاض الثمن على أبعاض المثمن من حيث القدرة في صحة البيع، فلاحظ.

بيع الثوب و الارض مع المشاهدة

قال في الشرائع: «يجوز بيع الثوب و الارض مع المشاهدة و ان لم يمسحا، و ان مسحا كان أحوط، لتفاوة الغرض في ذلك و تعذّر ادراكه بالمشاهدة و ان لم يمسحا - انتهى»، و فى الجواهر نفى الخلاف المعتد فيه، و في المسالك: «انّ هذا الاحتياط ليس على وجهه - انتهى»، و عن التذكرة: «لو باع مختلف الاجزاء مع المشاهدة صحّ كالثوب و الدار و الغنم بالاجماع - انتهى».

و قد يشكل ذلك بما حكاه في الجواهر عن شرح استاذه للقواعد قال: «و الحق أنّ قاعدة الغرر مثبتة لا يسوغ هدمها الاّ بأقوى منها و أنّى لنا بذلك، فيدور الحكم مدارها، فما كان من الثياب مخيطاً يطلب وصفه لاذرعه، و من الارض يطلب فسحته، و من البهائم يطلب هيأة اجتماعها لا عددها، و لا يتوقّف بيعها على ذرع أو عدّ، و ما بني على المداقّة فلا بدّ من ذلك فيه - انتهى».

و الظاهر أنّ المراد من قوله: «و ما بني على المداقة - الخ»، انّه كذلك بنظر العرف، فيكون من المذروع و المعدود عرفاً، و لذلك كان في بيعه بدون ذلك غرر قادح في البيع، لكن عرفت الاشكال في عموم قادحية الغرر لمثل المقام لعدم ظهور الحديث فيه، و من هنا يسهل البناء على ما ذكره الاصحاب.

نعم لو قصد المقابلة بين العوضين بملاحظة أبعاض المقدار، بأن

يشتري ما يتردّد بين الخمسة و الستة بستّة دراهم بانياً على شراء كلّ واحد بدرهم الّذي عرفت أنّ حكمه البطلان في الزائد على تقدير النقيصة أشكل القول بالجواز، لكنّه خلاف المتعارف، اذ المتعارف شراء ذات المجموع بستة فان كان في الواقع ستة كان كلّ واحد بدرهم و ان كان خمسة كان كلّ واحد بدرهم و خمس، و قادحية الغرر في مثله غير ثابتة، فلاحظ و تأمّل.

٦ ـ الكلام في بيع بعض من جملة متساوية الاجزاء

بيع بعض من جملة متساوية الاجزاء كصاع من صبرة مجتمعة الصيعان أو متفرقتها يتصوّر على وجوه:

الف: أن يكون المبيع كسراً مشاعاً

أن يراد منه كسر واقعي من الجملة مقداراً بالصاع، فاذا كانت الصبرة عشرة أصوع كان المبيع عشرها، و اذا كانت خمسة كان المبيع خمسها، فالصاع لوحظ مرآة الى الكسر المشاع المساوي للصاع المجزيء تقديره عن معرفة مقدار الصبرة.

و الظاهر أنّه لا اشكال في صحة البيع المذكور، كما أنّ الظاهر ان مرجعه الى تشريك المشتري في الصبرة، فان الصبرة بعد ما كانت مملوكة على الاستقلال مثلاً للبائع صارت مملوكة للمشتري على الاشتراك، بمعنى كونها تحت ملكية واحدة لمالكين بعد اعتبارها لمالك واحد، و لو لم يلاحظا واحداً فالملكيّتان ناقصتان لمالكين، كما أنّه لو اعتبر الشيء المشترك كسوراً متعدّدة كان كلّ كسر ملكاً لمالك على نحو الاستقلال.

فهذه الجهات تختلف باختلاف هذه الاعتبارات ، و الاّ فما انشأه البائع حقيقة ليس الاّ التشريك ، لا أنّ المبيع حقيقة هو الكسر ، و الاّ فان كان كليّاً خرج عن كونه مشاعاً ، مع أنّ لازمه خروج المتعيّن الخارجي عن ملك الشركاء ، لكون المملوك لكلّ واحد منهم هو الكلي في المعين و ان كان جزئيّاً مردّداً ، فلا خارجيّة له كما سيأتي ، فالتعبير ببيع العشر لابدّ أن يرجع الى ما ذكرنا من معنى التشريك ، و ليس المراد ظاهره .

و هذا المعنى من التشريك لا يتوقّف على القول بامتناع الجزء الّذي لايتجّزأ ، فانّ الجزء الّذي لايتجزأ لو قيل به يصحّ أن يضاف الى مالكين باضافة واحدة ، كما يصحّ أن يضاف الى مالك واحد ، فانّ كلّ واحدة من الاضافتين الضمنيّتين بعد ما كانت اعتبارية يصحّ أن تقوم بما لا يتجزأ ، كما يصحّ أن تقوم بما يتجّزأ ، و كما يصحّ التشريك في الملكيّة يصحّ التشريك في الملكيّة و الوقفية ، فيكون الشيء الواحد ملكاً و وقفاً على نحو الضمنية ، فيصحّ بحسب الاعتبارات يقال : بعضه وقف و بعضه ملك ، كما يصحّ أن يقال : انّه وقف و ملك .

و أمّا القسمة فهي عند العقلاء و بحسب اعتبارهم تميز الحقوق الضمنية ، فالدرهمان المشتركان بين المالكين ان تراضيا على أن يكون الابيض لاحدهما و الاصفر للاخر كان ذلك عند العقلاء قسمة ، و ان تراضيا على أن يكون حقّ أحدهما في الابيض بدلاً عن حقّ شريكه في الاصفر كان ذلك بيعاً لا قسمة ، و ان كانت النتيجة للامرين واحدة فالقسمة عند العرف تمييز لا تبديل ، فلو كانت العين مشتركة بين الوقف و الملك جازت القسمة و لا يجوز التبديل .

هذا ، و الظاهر أنّه لا اشكال في صحة البيع في الصورة المذكورة ، و مثله ما لو باع عبداً من عبدين ، اذا كان المراد من العبد الكسر المشاع ،

يعني نصف العبدين، سواء اتّفق العبدان في القيمة أم اختلفا، لعموم الادلّة.

و ما عن التذكرة من أنّه: «لو قصد الاشاعة في عبد من عبدين أو شاة من شاتين بطل بخلاف الذراع من الارض ـ انتهى»، غير ظاهر، لما عرفت من أنّ قصد الاشاعة راجع الى قصد الكسر، و معه لا فرق بين الامثلة.

ب: أن يكون المبيع فرداً منتشراً في الاجزاء الخارجية و مبهماً من جميع الجهات

الوجه الثاني: أن يراد منه بعض مردّد بين صيعان الصبرة، و لا اشكال كما قيل في بطلان البيع مع اختلاف المصاديق في القيمة لأنّه غرر.

أمّا مع اتّفاقها فيها فالمشهور المنع، بل هو المنسوب الى الاصحاب للجهالة الّتي يبطل معها البيع كما في المختلف و السرائر و غيرهما، أو للابهام في المبيع كما في الايضاح و غيره، أو للغرر كما فيه ايضاً، أو لانّ المردّد لا خارجيّة له فلا يقبل الملكيّة و البدلية و نحوهما من الاعتبارات.

لكنّ الاوّل ممنوع، اذ لا واقع محفوظ في نفسه مجهول للمتعاقدين، مع أنّ قدح الجهل مطلقاً غير واضح، و ان كان يوهمه ما ذكروه من اعتبار العلم بالعوضين، و ما ذكره غير واحد من تعليل البطلان به في المقام على نحو يظهر أنّه اجماع لكن لم يثبت بنحو يعتمد عليه.

و الابهام مسلّم لكن لم يدلّ دليل على قدحه، و الغرر قد عرفت الاشكال في قدحه على نحو الكلية، مع أنّه ممنوع مع تساوي الافراد في المالية و لو كان مثل ذلك قادحاً لم يجز بيع الكلي في المعين مع تساوي الافراد في المالية، مع أنّ بناءهم على الجواز، فالعمدة اذاً في المنع هو الاخير.

و الاشكال عليه بمنع احتياج صفة الملك الى موجود خارجي ، فانّ الكلي المبيع سلماً أو حالاً مملوك للمشتري و لا وجود لفرد منه بصفة كونه مملوكاً للمشتري ، مندفع بأنّه ليس مرجع الاشكال الى أنّ الملكيّة لا تقبل القيام بما لا يكون خارجياً كي يتوجّه عليه المنع من ذلك ، و انّها ليست من الصفات الحقيقية كالحموضة و السواد ، و انّما هي من الاعتبارات الّتي يصحّ قيامها بالكلي الذمي ، بل مرجعه الى أنّ المردّد يمتنع أن يكون له مطابق في الخارج ، و ما يكون كذلك لا يقبل الملكيّة و نحوها .

و كأنّ الوجه في الاشكال المذكور مقايسة الفرد المردّد بالكلي الصالح للانطباق على كلّ واحد من الافراد ، مثل مفهوم فرد الانسان أو الانسان المقيّد بأحد التشخّصات ، و نحو ذلك الّذي لا ريب في امكان انطباقه على كلّ فرد خارجي ، و لكنّه ليس كذلك ، فانّ الفرد المردّد جزئي نظير الفرد المعيّن، لكنّه ممّا يمتنع أن يكون في الخارج ، فان كلّ ما في الخارج من الافراد معيّن في نفسه لا مردّد .

و بالجملة اذا باع أحد العبدين ، فان أراد مفهوم الواحد منهما أعني العبد المقيّد بأحد التّشخصين فالمبيع كلي ، و سيأتي الكلام فيه ، و ان أراد مصداق أحدهما المردّد بينهما الّذي يحكيه قولنا : هذا أو هذا ، فذاك يمتنع أن يكون له مطابق في الخارج ، فانّ كلّ ما في الخارج يشار اليه بقولنا : هذا ، و لا يشار اليه بقولنا : هذا أو هذا ، و اذ لا يكون له مطابق خارجي امتنع أن يكون موضوعاً للملكية و نحوها من الاعتبارات .

و من ذلك تعرف الاشكال فيما ذكره جماعة أوّلهم المحقق الاردبيلي رحمه الله من عدم دليل معتبر على المنع ، و لولا تعرّض جماعة للفرق بين الكلي في المعين و بين الفرد المردّد لامكن حمل كلام الاردبيلي و غيره

ممّن قال بالجواز على صورة بيع الكلي في المعين، و يكون النزاع حينئذ لفظيّاً.

و أمّا الرواية الّتي حكاها الشيخ رحمه الله في الخلاف المتضمّنة جواز بيع أحد العبدين، فالمتعيّن حملها على الكلي.

فرع: في اختلاف المشتري و البائع بين هذين الوجهين

لو اختلفا فادّعى المشتري الاشاعة فيصحّ البيع، و قال البائع: أردت معيّناً، فعن التذكرة: «الاقرب قبول قول المشتري عملاً بأصالة الصحة و أصالة عدم التعيين ـ انتهى»، لكن أصالة عدم التعيين لا أصل لها، لأنّها لا تثبت الاشاعة لأنّها من اللوازم العقلية و الصحة ليست أثراً شرعيّاً لها، و أمّا أصالة الصحة فهي من الاصول الصحيحة الّتي قام عليها الدليل، لكنّها تجري حيث لا يتسالمان على صيغة ظاهرة في التعيين المقتضي للفساد، و الاّ كان العمل على الظهور فانّه حجة.

و دعوى أنّ أصالة الصحة صارفة للظهور، موقوفة على كون حجيّتها من باب ظهور الحال لكنّه خلاف التحقيق، اذ الظاهر أنّها أصل تعبّدي عقلاني لنفسه، فلاحظ.

ج: أن يكون المبيع كلياً في الخارج مقابل الكلي في الذمّة

الوجه الثالث: أن يراد منه الكلي المنطبق في نفسه على كلّ من الافراد، و يعبّر عنه بالكلي الخارجي لانحصاره في الافراد الخارجية المعينة، و لذا يعبّر عنه بالكلي في المعين ايضاً، و بذلك افترق عن الكلي في الذمة أو الكلي الذمي، فانّ الثاني لم يلاحظ فيه أفراد معينة و انّما لوحظ في الذمة لا غير.

ثمّ انّه يتصور الكلي المذكور في مقام موضوعيته للبيع على أنحاء:

١ ـ أن يلحظ لا بشرط، أعني لا بشرط الوحدة و التعدّد بل بنحو صرف الوجود، و بهذه الملاحظة يصلح للانطباق على الواحد و المتعدد، فكما ينطبق على كلا واحد من صيعان الصبرة ينطبق على مجموع صيعانها.

٢ ـ أن يلحظ بشرط لا، أعني صاعاً واحداً مطلقاً، و بهذه الملاحظة يمتنع أن ينطبق على مجموع الصيعان، و ان صحّ أن ينطبق على الآخر.

٣ ـ أن يلحظ صاعاً مهملاً لا مطلقاً و لا مقيّداً، و بهذه الملاحظة يمتنع أن ينطبق على صاع من أصوع الصبرة لا بنفسه، و لا بتطبيق المالك، لانّ الانطباق فرع الاتحاد في الحدود و المفروض اهمال تلك الحدود.

٤ ـ أن يلحظ بشرط لا، بنحو لا يمكن أن ينطبق بنفسه على واحد معيّن لأنّه ترجيح بلا مرجّح، فلا بدّ أن يكون انطباقه باختيار البائع أو المشتري على ما يأتي.

و الظاهر أنّه لا اشكال في بطلان البيع في الاوّل للجهل بالقدر، و كذا في الثالث لما عرفت من امتناع انطباقه على معيّن، و أمّا الثاني فالظاهر أنّه لا مانع منه مع العلم بقدر الصبرة، لانّ مرجعه الى بيع جميع صيعانها، فانّه مقتضى أخذه مطلقاً فانّه كغيره من الطبائع المطلقة المأخوذة موضوعاً للاحكام.

و أمّا الرابع فالمعروف بينهم صحة البيع فيه، بل لا خلاف ظاهر فيه الاّ ما يظهر من محكي الايضاح من المنع و عن بعض متابعته، و استدلّ به في الايضاح بالابهام و غيره، و استدلّ له من تابعه مضافاً الى ذلك بأنّه لم يعهد ملكية الكلي في غير الذمة الاّ على وجه الاشاعة باتّفاقهم على تنزيل الارطال المستثناة من بيع الثمرة على الاشاعة.

و فيه ما عرفت من عدم الدليل على قدح الابهام و الغرر مطلقاً ، و عدم المعهودية ممنوع ، و لو سلّم فلا يـصلح دليـلاً عـلى المـنع ، و تـنزيل الارطال المستثناة من بيع الثمرة على الاشاعة للاجماع أو للظهور أو غير ذلك كما سيأتي لايدلّ على بطلان بيع الكلى في المعين ، كـيف و قـد عرفت أنّ الصحة فيه مظنّة الاتفاق فكيف يصحّ التعويل في المـنع فـيه على الاتفاق في مسألة الارطال المستثناة من بيع الثمرة كما لا يخفى .

و ربّما يستدلّ على المنع بأنّ الافراد الخارجية بما هي حصص الكلي و بمشخّصاتها ملك للبائع قبل القبض ، فليس المشتري اذاً مالكاً لما هو خارجي ، فيتعيّن ارجاع الكلي الخـارجـي الى الكـلي الذمـي ، و يكـون المقصود اشتراط تسليمه من الافراد الخارجية .

و فيه انّ خارجيّته باعتبار كونه جامعاً بين الافراد الخارجية الخاصة في قبال الذمي الّذي لم يلحظ فيه ذلك ، و انّما لوحظ كونه في الذمـة و ان لم يكن له فرد خارجي أصلاً ، و عدم انطباق المبيع على واحد من الافراد الخارجية لعدم المرجّح لا ينافي كونه خارجيا بمعنى كون أفراده الّـتي ينطبق عليها انطباقاً بدليّاً خصوص الافراد الخارجية ، بـحيث لو تـلفت قبل القبض كان من تلف المبيع قبل القبض لا من قبيل تعذّر الشرط ، كما في الكلي الذمي الّذي اشترط تسليمه من الافراد الخارجية ، فلاحظ .

٧ ـ الكلام في بيع صاع من صبرة

لو باع صاعاً من صبرة فهل ينزل على الكسر المشاع أو على الكلي في المعين ، قولان ، حكي ثانيهما عن الشيخ و الشهيدين و المحقق الثـاني وغيرهم ، لأنّه المنسبق الى الفهم .

و لصحيحة بريد بن معاوية عن ابي عبد اللّه عليه‌السلام في رجل اشترى من رجل عشرة آلاف طن قصب ـ كذا ـ في انبار بعضه على بعض من اجمة واحدة ، و الانبار فيه ثلاثون ألف طن ، فقال البائع : قد بعتك من هذا القصب عشرة آلاف طن ، فقال المشتري : قد قبلت و اشتربت و رضيت ، فأعطاه من ثمنه ألف درهم و وكّل المشتري من يقبضه ، فاصبحوا و قد وقع النار في القصب ، فاحترق منه عشرون ألف طن و بقي عشرة آلاف طن ، فقال عليه‌السلام : «العشرة آلاف طن الّتي بقيت هي للمشتري و العشرون الّتي احترقت من مال البائع»[١] .

و قد يدفع الاوّل بأنّ مقتضى الوضع في قوله : «صاعاً من صبرة» ، هو الفرد المنتشر الّذي قد عرفت بطلان بيعه على المشهور ، أو اجماعاً مقتضى المعنى العرفي هو المقدار المقدّر بصاع ، و ظاهره الاشاعة .

و فيه انّ تنوين التنكير انّما يقتضي كون المراد بمدخوله الطبيعة المقيّدة بأحد التشخّصات فيكون كليّاً كما هو الوجه الثالث لا جزئيّاً مردّداً كما هو الوجه الثاني ، و تحقيق ذلك في الاصول .

و دعوى أنّ مقتضى التفاهم العرفي الحمل على الاشاعة غير ظاهرة ، بل ممنوعة جدّاً .

و من ذلك يظهر لك الاشكال في دفع الثاني ، بأنّ الرواية ظاهرة في الفرد المنتشر ، نعم يمكن دفعه بأنّ الرواية مع اجمالها و عدم تعرّضها لظهور البيع المفروض فيها في كونه على نحو بيع الكلي في المعين لا تصلح لاثبات قاعدة كلية ، كما هو محل الكلام ، لأنّها قضية في واقعة كما لا يخفي ، و من ذلك تعرف قوة القول الثاني .

---

١ ـ التهذيب ١٢٦:٧، عنه الوسائل ٣٦٥:١٧.

هذا، و يتفرّع على هذا الخلاف امور:

ثمرة القول بكونه ظاهراً في الكلية أو الاشاعة

١ ـ انّه بناء على المختار يكون تعيين المبيع بيد البائع، لانّ الافراد قبل تطبيق الكلي على واحد منها ملك للبائع بحصصها و مشخّصاتها، فليس للمشتري السلطنة عليها لخروجها عن ملكه، و مجرّد ملك الكلي انّما يستوجب السلطنة عليه لا غير.

و من ذلك يظهر الاشكال فيما عن المحقق القمي رحمه الله من أنّ تعيين الكلي بيد المشتري.

و أمّا بناء على القول الآخر، فتمام الافراد مشتركة بين البائع و المشتري، فلا يتعيّن حق أحدهما في عين الاّ بالقسمة المشروطة بالرضا منهما معاً.

٢ ـ انّه لو تلف بعض الجملة و بقي مقدار المبيع فعلى المختار يتعين دفعه للمشتري و يكون التالف من ملك البائع، أمّا الثاني فلما عرفت من أنّ الافراد الخارجية لم تخرج عن كونها ملكاً للبائع بمجرّد بيع الكلي الصادق على كلّ واحد منها صدقاً تبادليّاً، و اذا كانت للبائع كان تلفها منه ضرورة.

و أمّا الاوّل فلانّ تلف الكلي انّما يكون بتلف جميع أفراده و المفروض تلف البعض و بقاء البعض، فملك المشتري لم يرد عليه نقص و لا تلف فيتعيّن دفع الباقي اليه، كما تدلّ عليه ايضاً الصحيحة السابقة بناء على ظهورها فيما نحن فيه كما عرفته، و أما على القول الآخر فيكون التالف منهما معاً، كما في سائر موارد الاشتراك، لانّ التالف مشترك بينهما.

٣ ـ انّه لو باع المالك صاعاً آخر من شخص آخر فتلف الجميع الاّ صاعاً واحداً ، فعلى الاشاعة يكون التالف على الجميع و الباقي لهم على حسب نسبة سهامهم كما في سائر موارد الشركة .

و أمّا على المختار فيحتمل أن يكون الباقي للمشتري الاوّل ، لانّ الصاع المبيع ثانياً هو الساري في ملك البائع و هو الصبرة عدا صاع لا الصبرة بتمامها ، فاذا تلفت الصبرة عدا صاع فقد تلف موضوع البيع ثانياً فيجري حكم التلف قبل القبض بالاضافة الى البيع الثاني .

و يحتمل أن يكون لهما ، لانّ الكلي المبيع أوّلاً لمّا لم ينطبق بنفسه على أحد الافراد لأنّه ترجيح بلا مرجّح ، و انّما يكون انطباقه باختيار المالك فقبله لا انطباق له فتكون أجزاء الصبرة بتمامها باقية على ملك البائع ، فاذا باع الكلي ثانياً على شخص آخر كان موضوعه تمام موضوع المبيع الاوّل بعينه ، و نسبة كلّ واحد من الصيعان الّتي تشتمل عليها الصبرة اليه كنسبتها الى موضوع البيع الاوّل ، فاذا لم يبق الاّ صاع واحد كان نسبته الى كلّ من المبيعين كنسبته الى الآخر ، فصيرورته لاحدهما بعينه ترجيح بلا مرجّح كما عرفت .

و الترتب الزماني بين البيعين لا يستوجب الترتب الرتبي كي يقال : انّ موضوع البيع الثاني الوجود بعد الوجود ، و موضوع الاوّل صرف الوجود ، فالحكم في البيعين المترتّبين في الزمان حكم البيعين الواقعين دفعة .

و على هذا فيحتمل ان يكون لهما معاً فيبطل البيعان معاً بالاضافة الى نصف كلّ من المبيعين ، و يحتمل أن يكون الحكم لهما تابعاً لاختيار المالك فاذا عيّنه لاحد المشتريين بطل البيع بالنسبة الى الآخر ، و الاوّل أقرب ، لانّ ولاية التطبيق انّما كانت للمالك باعتبار كونه المالك

للخصوصية فليس لاحد حقّ المطالبة بخصوصية دون أخرى ، أمّا في المقام فليس الاّ خصوصية واحدة يتزاحم فيها الحقّان ، و مقتضى التزاحم كونه لهما معاً و ولاية المالك على ترجيح أحد الحقّين على الآخر غير ثابتة .

حكم المبيع بعد القبض

ثمّ اعلم أنّ المبيع انّما يبقى كليّاً ما لم يقبض ، و أمّا اذا قبض فانّ قبض منفرداً تعيّن للمشتري ، و ان قبضه منضمّاً الى غيره بقي على كليّته ، سواء قبضه مع بعض الصبرة ، كما لو أقبضه البائع صاعين منها ، أو تمام الصبرة كما لو أقبضه تمام الصبرة على أن يكون صاع منها له و الباقي أمانة ، لعدم الدليل على التعيين بمجرّد ذلك كي يترتب عليه الاشتراك ، فالمبيع في الفرضين باق على كليّته ، و تمام المقدار المقبوض باق على ملكية البائع لا غير .

لو باع ثمرة شجرات و استثنى منها ارطالاً معلومة

و اعلم أنّ الاصحاب ذكروا فيما لو باع ثمرة الشجرة و استثنى منها ارطالاً معلومة أنّه لو خاست الثمرة سقط من المستثنى بحسابه ، و ظاهر ذلك تنزيل الارطال المستثناة على الاشاعة ، و عليه قد يشكل الفرق بين هذه المسألة و ما نحن فيه من بيع الصاع من صبرة ، مع أنّ المشهور كما عرفت تنزيله على الكلي .

و لهم في ابداء الفرق بين المسألتين وجوه :

١ ـ النص ، و هو صحيح بريد المتقدم .

و اشكل عليه بأنّه ان أمكن التعدّي عن مورد النص لم يكن فرق بين

المسألتين لخروجهما معاً عن مورده ، فاذا صحّ التعدي الى مسألة البيع مطلقاً صحّ التعدي الى مسألة الاستثناء ، و الاّ وجب الاقتصار على مورده و هو بيع القصب ، و تعيّن الرجوع في كلّ من المسألتين الى غيره .

٢ ـ الاجماع على ترتيب أحكام الاشاعة في مسألة الاستثناء .

و اشكل بأنّه نقطع بعدم استناد المجمعين الى توقيف بالخصوص ، و انّما اعتمدوا على القواعد العامّة الّتي لا فرق فيها بين المسألتين .

٣ ـ لزوم القبض في مسألة البيع ، لوجوب اقباض المبيع المشتري على البائع و عدم لزومه في غيره ، و اعتباره في لزوم البيع و عدم اعتباره في لزوم غيره .

و فيه مع أنّ اعتباره في اللزوم لا دخل له في الفرق ، و انّ لزوم القبض مشترك بين المسألتين لوجوب ايصال مال الغير الى أهله ، انّ ايجاب القبض على البائع يتوقّف على بقاء المبيع ، اذ مع تلفه يبطل البيع و بقاء المبيع في مسألة البيع يتوقّف على نفي الاشاعة ، فلا يمكن اثبات نفي الاشاعة بوجوب القبض كما لا يخفي .

و من ذلك يظهر الاشكال فيما ذكره في مفتاح الكرامة في الفرق بين المسألتين حيث قال : «و يمكن الفرق بأنّ التلف من الصبرة قبل القبض فلزم على البائع تسليم المبيع منها و ان بقي قدره ، فلا ينقص البيع لاجله ، بخلاف الاستثناء ، فانّ التلف فيه بعد القبض و المستثنى بيد المشتري امانة على الاشاعة بينهما ، فيوزع الناقص عليهما ، و لهذا لم يحكم بضمان المشتري هنا بخلاف البائع هناك ـ انتهى ».

وجه الاشكال انّ ما ذكره أوّلاً بقوله «أنّ التلف من ـ الخ » ، مسلّم لو لم يكن البيع على نحو الاشاعة ، و الاّ اقتضى البطلان في المقدار التالف .

و ما ذكره ثانياً في مسألة الاستثناء ، من أنّ التلف بعد القبض ان كان المراد منه بعد قبض المشتري فـذلك انّـما يـقتضي خـروج البـائع عـن الضمان للمشتري و لا أثر له في حمل الاستثناء على الاشاعة ، و ان كان المراد منه أنّه بعد قبض البائع ، يعني انّ الكلي المستثنى كان بيد البائع و في قبضته فالتلف يكون بعد قبض البائع ، فهو مسلّم لكن اقتضاءه توزيع التالف غير ظاهر ، لانّ مجرّد كونه في يد البائع لا يوجب الاشتراك .

و القياس على صورة ما لو دفع البائع مجموع الصبرة المبيع صاع منها الى المشتري الّتي قد تقدّم احتمال الاشتراك فيها غير ظاهر ، لاختصاص ذلك بما لو كان الدافع له ولاية تعيين الكلي ، و هو في مسألة الاستثناء للمشتري لا البائع ، على أنّك عرفت الاشكال في ذلك ، فلاحظ .

٤ ـ انّ الوجه في الاشاعة في مسألة الاستثناء ليس حمل المستثنى على الكسر المشاع ، بل لانّ المستثنى لمّا كان ظاهراً في الكـلي كـانت وحدة السنخية بين المستثنى و المستثنى منه تقتضي حمل المستثنى منه على الكلي ، فمعنى : بعتك هذه الصبرة الاّ صاعاً ، بعتك الكلي الخارجي الّذي هو المجموع عدا الصاع ، فهو كلي كنفس الصاع ، فيكون كلّ واحد منهما مالكاً للكلي ، و لاجل أنّ نسبة كلّ جزء من الموجود الى كلّ منهما على السواء لعدم المرجّح يكون الموجود بينهما و التالف كذلك ، فيكونان من هذه الجهة مشتركين كسائر الشركاء ، و هذا بخلاف بيع صاع من الصبرة ، فانّ ملك البائع ليس ملحوظاً بعنوان كلي ، لعدم وقوعه موضوعاً للحكم في هذا الكلام حتّى يلحظ بعنوان كلي كنفس الصاع .

و فيه مع أنّ الظاهر من المبيع المستثنى منه هو نفس الموجود الخارجي لا الكلي ، انّ لازم ذلك رجوع مسألة الاستثناء الى مسألة البيع

الّتي عرفت أنّ التلف فيها من البائع ، و كون المستثنى من قبيل الكلي لو سلّم لا يقتضي ملك البائع للكلي ، لانّ المستثنى لم يلحظ موضوعاً لملك البائع و انّما لوحظ تحديداً للمبيع ، و مقتضاه ليس الاّ عدم كونه مبيعاً ، لانّ الاستثناء من الاثبات يقتضي نفي الحكم عن المستثنى لا ثبوت ضدّه له ، فدعوى كون البائع مالكاً للكلي كالمشتري غير ظاهرة.

و من ذلك يظهر أنّ حال المستثنى حال الباقي ، فيما لو باع صاعاً من صبرة لم يلحظ موضوعاً لحكم ، و لو سلّم فمجرّد ذلك لا يستوجب الاشتراك ، لانّ الخصوصيات الخارجية باقية على ملك البائع لم تخرج عنه ، فهي له خاصة فكيف تصحّ دعوى نسبة كلّ جزء الى كلّ منهما على حدّ سواء.

فالاولى في وجه الفرق بين المسألتين أنّ ظهور الصاع في مسألة البيع في الكلي بلا مزاحم ، و ظهوره في مسألة الاستثناء مزاحم بظهور وحدة السنخية بين المستثنى منه و المستثنى ، و هو أقوى ، فيتعيّن لاجله حمله على الكسر المشاع الّذي يكون بقدر المستثنى ليكون من سنخ المستثنى منه ، و لو حمل على الكلي توقّف ملك البائع له على جعله ملكاً ابتدائيّاً له ، لانّه لم يكن مملوكاً للبائع ، و انّما كان المملوك له تمام الافراد ، فاذا فرض بيع تمام الافراد كان ثبوت ملك البائع للكلي محتاجاً الى سبب.

فان قلت : المحافظة على وحدة السنخية كما تكون بذلك تكون بحمل المستثنى منه على الكلي.

قلت : التصرف في المستثنى بالحمل على الكسر المشاع أولى من التصرف في المستثنى منه بالحمل على الكلي ، لقوّة ظهور المبيع في العين الخارجية جدّاً.

نعم قد يشكل الحمل على الاشاعة من جهة أنّ مقتضاه عدم جواز

تصرف المشتري في المبيع ، مع أنّ السيرة على خلافه ، و من جـهـة انّ مقتضاه أن لو تصرّف المشتري بالاتلاف لزم ضمان حصة البائع بالمثل أو القيمة ، مع أنّ بناء الاصحاب على تعيّن دفعها من الباقي كما في سائر موارد الشركة .

و لاجل ذلك التزم بعض الاعاظم بالتنزيل على الكلي في المسألتين معاً ، لكن يدفعه ملك البائع ، و ذلك لاينافي الاشاعة بوجه ، فالعمل عليها في صورة التلف بالتوزيع في محلّه ، فلاحظ و تأمل ، و اللّه سبحانه الهادي الى سواء السبيل ، و هو حسبنا و نعم الوكيل .

أقسام بيع الصبرة

و اعلم أنّ الشهيد في حواشي القواعد و الشهيد الثاني في الروضة قالا على ما حكي عنهما :

«انّ أقسام بيع الصبرة عشرة ، لأنّها امّا أن تكون معلومة المقدار أو مجهولته ، فان كانت معلومة صحّ بيعها أجمع ، و بيع نصفها أو ربعها و كلّ جزء منها معلوم مشاع و بيع مقدار كقفيز تشتمل عليه و بيعها كل قفيز بكذا لا بيع كلّ قفيز منها بكذا ، و المجهولة كلّها باطلة الاّ الثالث ، و هو قوله : بعتك قفيزاً منها و هي مشتملة عليه ـ انتهى» .

و لو لم يعلم باشتمالها عليه ، ففي القواعد و عن التذكرة و حواشي الشهيد و الروضة و غيرها البطلان للغرر ، من جهة الجهل بوجود بعض المبيع المستوجب للجهل بوجود المبيع الضمني ، كما لو جهل بوجود أصل المبيع ، و عن ظاهر الدروس و اللمعة الصحة ، و حكي ايضاً عن ظاهر المبسوط ، و ان حكي عن الايضاح حكاية خلافه ، و لعلّه لمنع الغرر مع بناء العقد على توزيع الثمن على مجموع المبيع غير المعلوم

الوجود بتمامه، نعم لو بني العقد على جعل الثمن في مقابل الموجود كان ذلك غرراً قادحاً.

و فيه انّه لا يظهر الفرق بينه و بين سائر موارد الجهل بالقدر اذا كان القدر ملحوظاً موضوعاً للمعاملة، و أخذ العنوان موضوعاً للمعاملة صريحاً لا يرفع الغرر، كما أشرنا الى ذلك في مسألة اخبار البائع بقدر المبيع.

و بالجملة لا فرق بين قوله: بعتك قفيزاً من هذه الصبرة، و بعتك هذه الصبرة الّتى هي قفيز، و بعتك هذه الصبرة، مع كون مبنى المعاملة على كون القدر موضوعاً، فمع الجهل بالقدر يكون بعض المبيع مجهول الوجود، فيلزم بذل بعض الثمن بازاء ما لا يعلم وجوده، فلو لم يكن ذلك غرراً أو لم يكن غرراً قادحاً لاختصاص دليل القادحية بصورة الخطر على أصل المالية كما احتملناه آنفاً، جاز البيع في الجميع، و مع انكشاف الخلاف يتبعّض الثمن، و ان عمّ الدليل صورة البعض كالكلّ لم يكن فرق بين الجميع.

و أمّا الرابع في المجهولة، و هو بيعها كلّ قفيز بكذا، فالمشهور كما في الكفاية أنّه لا يصح، و عن الشيخ في الخلاف انّه لا مانع منه، و الاصل جوازه، و في الكفاية أنّه غير بعيد.

و اورد في مفتاح الكرامة على القول بالبطلان بأنّ المبيع معلوم بالمشاهدة و المثمن معلوم لانه ممّا يمكن أن يعرف، و هو ان تكال الصبرة و يقسط الثمن على قدر قفزاتها فيعلم مبلغه، و له نظائر ذكر جملة منها في التذكرة - انتهى».

و فيه نظر، لانّ العلم بالعوضين بعد البيع لا يجدي مع الجهل بهما حينه.

و عن المختلف الصحة في القفيز الواحد ، لأنّه معلوم مقتضاه الصحة في الزائد عليه ايضاً اذا كان معلوماً .

و فيه انّ العلم ببعض المبيع لا يرفع الغرر في البيع و الاّ جاز البيع مع الجهل بالكيل و الوزن لحصول العلم بالبعض ، فيصحّ فيه .

٨ ـ الكلام فى بيع العين على المشاهدة السابقة

اذا شاهد عيناً في زمان سابق على العقد و اقتضت العقد تغيّره عن صفاته السابقة الى صفات مجهولة عند أحد المتبايعين لم يصحّ البيع ، لانّ الرؤية القديمة على النحو المذكور لا ترفع الغرر ، و لو اقتضت العادة بقاءها فلا اشكال في الصحة ، و لا خلاف لعموم الصحة من دون معارض لانتفاء الغرر بذلك ، و ان احتمل الامران لم يبعد الجواز ، لانّ أصالة البقاء من الاصول المعوّل عليها عند العقلاء في الجملة ، فيرتفع لاجلها الغرر ايضاً .

نعم لو كانت بحيث لا يعوّل عليها عندهم لوجود امارة على خلافها كان البيع غررياً ، فلا يجوز الاّ بذكر الصفات في العقد ، بل لو كانت الامارة قويّة لم يجز البيع كما في القسم الاوّل حتّى مع ذكر الصفات ، لانّ ارتفاع الغرر بذلك لرجوعه الى الاخبار عن الصفات و ارتفاع الغرر عرفاً بالاخبار يختصّ بما لو كان الخبر له نحو طريقية عرفاً ، و ذلك منتف ، حيث تكون الامارة على خلافه ، و لو كان مجرد العادة.

اللهم الاّ أن يتمسك باطلاق ما دلّ على الاعتبار باخبار البائع عن الكيل و الوزن ، بناء على الغاء خصوصية مورده و التعدي الى سائر الخصوصيات الّتي يكون الجهل بها موجباً للغرر القادح كما هو غير بعيد.

و كيف كان فذلك كلّه خارج عن البيع برؤية القديمة ، فلو باع أو اشترى بالرؤية القديمة و انكشف التغيّر ثبت الخيار للمغبون نظير خيار الرؤية ، و لعلّه يأتي دليله ان شاء اللّه تعالى في أقسام الخيار ، بل يظهر من محكي نهاية الاحكام و المسالك انّه راجع الى خيار تخلّف الشرط ، لانّ الرؤية بمثابة الشرط في الصفات الكائنة في المرئي، فيدل عليه ما دلّ على خيار تخلف الشرط .

لكنّه يشكل بما اشتهر من عدم الاعتبار بالشروط غير المذكورة في متن العقد صريحاً أو انصرافا ، و مجرد تقوف صحة العقد على كون العقد مبنيّاً عليها لا يكفي في كونها من قبيل الشروط الضمنية الّتى تفهم حين العقد و لو بملاحظة القرائن العامة المستوجبة لكون العقد مبنيّاً عليها عرفاً .

نعم لو توقّفت صحة العقد عرفاً على كونه مبنيّاً عليها ، كانت من قبيل الشروط الضمنية لكنه خلاف المفروض .

الحكم في الاوصاف الّتي تكون موضوعاً للمعاملة عرفاً

هذا كلّه في الاوصاف الّتي لاتكون موضوعاً للمعاملة عرفاً ، أمّا ما كان كذلك ، كالتقدير مثل الكيل فيما يكال و الموزون فيما يوزن ، فلا ينبغي التأمّل في تبعّض الثمن بتغيّرها ، فلو اشترى صبرة قد كالها قبل العقد فكانت عشرة أصوع بعشرة دراهم ، فتغيّرت حال العقد و نقصت الى ثمانية كان للمشتري استرجاع درهمين ، لانّ القدر المرئي موضوع للمعاملة عرفاً و انشاؤها انشاء للتقييد به ، فيكون من قبيل الشروط الضمنية .

هذا ، و عن نهاية الاحكام احتمال البطلان ، و كأنّه مبني على كون

الوصف المرئي ملحوظاً قيداً و أنّ فواته موجب لفوات موضوع المعاملة، و قد عرفت الاشكال في الاوّل، و أما الثاني فيختصّ بالصفات المقوّمة عرفاً دون غيرها، فلاحظ و تأمّل.

و الحمدللّه رب العالمين و الصلاة و السلام على خاتم النبيين محمّد و آله الطيبين الطاهرين.

الى هنا انتهى التدريس في كتاب البيع في جوار الحضرة العلوية المقدسة على مشرفها أفضل الصلاة و السلام و التحية في شهر صفر المظفر من سنة الالف و الثلاثمائة و الثالثة و الستين هجرية.

و به انتهى الجزء الاوّل من كتاب نهج الفقاهة بقلم الفقير الى اللّه الغني محسن خلف العلامة المرحوم السيد مهدي الطباطبائي الحكيم، و لا حول و لا قوّة الاّ باللّه، عليه توكلّت و اليه انيب، و هو حسبنا و نعم الوكيل.

كانت النيّة منعقدة على اتباع الجزء الاوّل من كتاب نهج الفقاهة بجزئه الثاني الّذي هو تعليق على مباحث الخيارات من مكاسب شيخنا الاعظم الانصاري قدّس سرّه في الطبع و النشر، و لكن سيّدي الوالد المؤلف مدّ ظله العالي لم يشأ أن ينشر الآن قبل أن ينظر فيه مجدّداً، نظراً الى أنّ العهد على تأليفه قد بعد بُعداً لايقلّ عن ثلاثين عامّاً، و لعلّ الوقت يتّسع و التوفيق يساعد على تجديد النظر فيه، و اللّه سبحانه ولي التوفيق.

و لكن هناك وريقات من أوّله قد سنحت الفرصة في عهد ماض بتجديد النظر فيها، فألحقناها بالجزء الاوّل، حبّاً للاسراع الى ابراز ما فيها من فوائد، و اللّه الموفّق و المعين، و هو حسبنا و نعم الوكيل.

۲۹ ذي الحجة يوسف الطباطبائي الحكيم

الخيارات

بسم اللّه الرحمن الرحيم

الحمد للّه ربّ العالمين، و الصلاة و السلام على محمّد و آله الغرّ الميامين الطيبين الطاهرين المعصومين.

الخيارات

الخيار في اللغة

قوله رحمه الله : **من الاختيار.**

نصّ على ذلك في القاموس، و كأنّه مأخوذ بحسب أصل اللغة من الخير، بلحاظ أنّ ما يختاره خير له.

المراد من الخيار المصطلحة

قوله رحمه الله : **في ملك فسخ العقد.**

ينبغي التعرّض في هذا التعريف لامور:

١ ـ انّ الملكيّة اضافة خاصّة بين المالك و المملوك تحكيها عند ملاحظتها معنى حرفيّاً لام الملك في قول القائل: المال لزيد، و من المعلوم أنّ الخيار ليس من قبيل الاضافة، فانّه يضاف الى ذي الخيار اضافة الملكيّة، فيقال: الخيار لزيد، و جعلت الخيار لنفسي، و نحو ذلك، فهو من قبيل المملوك لا الملكيّة.

فلا بدّ من الالتزام بالمسامحة في هذا التعريف امّا في المـعرف ، بأن يراد تفسير ملكية الخيار و حقيقته لا نفسه كما التزم بذلك فـي تـعريف الفقه بأنّه علم بالاحكام الشرعية ـ الخ ، و في تعريف علم الاصول بأنّه علم بالقواعد الممهّدة ـ الخ ، و نحو ذلك ممّا هو كثير في مقام تعريف الفنون ، أو في التعريف ، بأن يراد من الملك المملوك ، فالاضافة الى الفسخ اضافة بينية .

و الموجب لهذه المسامحة التنبيه على أنّ الخيار المجعول من قـبل الشارع الاقدس أو من نفس المتعاقدين ، كما في شرط الخيار من قـبيل الحقوق المضافة الى صاحبها اضافة الملكيّة ، لما عرفت في أوّل كتاب البيع من أنّ اضافة الحقيّة نوع من اضافة الملكيّة بعينها ، و الاختلاف بينها و بين غيرها من أفراد الاضافة الملكيّة مـن قـبيل اخـتلاف أفـراد الكـلي المتواطيء لا من قبيل اختلاف مراتب الكلي المشكّك بالشدّة و الضعف ، و لو اشكل وجه التعبير المذكور فلا ينبغي الاشكال في ثبوت المسامحة فيه ، لما عرفت من وضوح كون الخيار من قـبيل المـملوك لا مـن قـبيل الملكيّة .

٢ ـ قد عرفت أنّ الخيار اسم مصدر الاختيار ، فالفرق بينهما هو الفرق بين المصدر و اسم المصدر ، و من المعلوم أنّ الفسخ ليس من هذا القبيل فانّه موضوع للخيار ، لأنّه مختار لمن له الخيار و الاختيار لا نفس الخيار ، فذكره في التعريف مسامحة ايضاً .

و لعلّ الباعث على ذلك أنّ الخيار خارج عـن الاخـتيار و ليس مـمّا يترتّب عليه أثر شرعي ، فيمتنع أن يكون مملوكاً أو محقوقاً ، لانّ اضافة الملكيّة لا تقوم بما لا أثر له ، فجعل الخيار لصاحبه لابدّ أن يكون راجعاً الى ملك الجامع بينهما ، لانّ الاثر انّما يترتب على كـلّ مـنهما لا عـلى

الاختيار المتعلّق بهما ، فمعنى قوله عليه‌السلام : «صاحب الحيوان بالخيار»[١] ، أنّه له الفسخ و له عديله لا أنّه يملك الاختيار .

٣ـانّ اضافة الفسخ الى العقد لاتخلو من مسامحة ، لانّ العقد من الامور الحقيقية العينية يستند وجوده حدوثاً و بقاءاً الى علته ، و لا يترتب على بقائه أثر ، و انّما الاثر المؤثّر في ثبوت مضمونه مجرّد حدوثه ، فلا يكون لذلك موضوعاً للفسخ ، و انّما موضوع الفسخ مضمونه ، كالبدلية في عقد البيع و التمليك في عقد الهبة ، فذلك الّذي ينحل بالفسخ و ينفسخ لاالعقد .

٤ ـ انّ الخيار كالتخيير لايقوم بطرف واحد ، و قد اهمل في هذا التعريف ذكر العدل الآخر للخيار ، فيحتمل بدواً أن يكون اقرار العقد كما جعل في التعريف الآتي في كلام المصنف ، و يحتمل أن يكون عدم الفسخ ، و لعل الاوّل يرجع اليه ، لانّ اقرار العقد لا يقبل الجعل بنفسه و ليس من الامور الجعلية ، و انّما يكون بترك الفسخ فاذا اختار عدم الفسخ فقد اعمل الخيار ، و حينئذ يسقط الخيار باعماله فلا سلطان له على الفسخ ، فيكون العقد بذلك قارّاً غير متزلزل .

و على ذلك يحمل ما ورد في روايات خيار الحيوان من قوله عليه‌السلام : «فذلك رضا بالبيع»[٢] ، و قوله عليه‌السلام في رواية قرب الاسناد : «يستحلف

---

١ ـ عن فضيل عن أبي عبدالله عليه‌السلام قال : قلت له : ما الشرط في الحيوان ؟ قال : ثلاثة أيام للمشتري ـ الحديث (الكافي ٥:١٧٠، الخصال :١٢٧، التهذيب ٧:٢٠، الاستبصار ٣:٧٢، عنهم الوسائل ١٨:١١).

٢ ـ عن على بن رئاب عن أبي عبدالله عليه‌السلام قال : الشرط في الحيوان ثلاثة أيّام للمشتري اشترط أم لم يشترط، فان أحدث المشتري فيما اشترى حدثاً قبل الثلاثة الايام فذلك رضا منه

—

بالله ما رضيه»[١] ، و قوله عليه السلام في رواية السكوني فيمن اشترى ثوباً بشرط الى نصف النهار فعرض له ربح فأراد بيعه ، قال عليه السلام : «ليشهد أنّه قد رضيه و استوجبه ثمّ ليبعه ان شاء»[٢] ، و في رواية الشحام في مثل ذلك قال عليه السلام : «ان رغب في الربح فليوجب على نفسه الثوب و لا يجعل في نفسه ان رآه عليه أن يرده»[٣] .

و بالجملة بعد فرض صحة العقد و ثبوت مضمونه لا معنى لجعله و لا لجعل شيء فيه ، فمعنى جعل اقراره أو اختيار اقراره اختيار عدم الفسخ .

و على هذا فالخيار يكون بين الفسخ و عدمه و كلاهما مملوك لذي الخيار ، فان اختار الفسخ انفسخ و ان اختار عدمه سقط الخيار ، لأنّه قد استوفى ما هو له فيستقرّ العقد و يخرج عن المعرضيّة للزوال .

← فلا شرط، قيل له : و ما الحدث ؟ قال : ان لامس أو قبل ان نظر منها الى ما كان يحرم عليه قبل الشراء ـ الحديث (الكافي ٥:١٦٩، التهذيب ٧:٢٤، عنهما الوسائل ١٨:١٣).

١ ـ عن عبدالله بن الحسن بن زيد بن علي بن الحسين ، عن أبيه ، عن جعفر بن محمد عليهما السلام قال : قال رسول الله صلى الله عليه وآله في رجل اشترى عبداً بشرط ثلاثة أيام فمات العبد في الشرط ، قال : يستحلف بالله ما رضيه ، ثمّ هو بريء من الضمان (التهذيب ٧:٨٠، عنه الوسائل ١٨:١٥).

٢ ـ عن السكوني عن أبي عبدالله عليه السلام أن أمير المؤمنين عليه السلام قضي في رجل اشترى ثوباً بشرط الى نصف النهار فعرض له ربح فأراد بيعه ، قال : ليشهد أنه قد رضيه فاستوجبه ثم ليبعه ان شاء فان أقامه في السوق و لم يبع فقد وجب عليه (الكافي ٥:١٧٣، التهذيب ٧:٢٣، عنهم الوسائل ١٨:٢٥) .

٣ ـ التهذيب ٧:٢٦، عنه الوسائل ١٨:٢٦ ، و قد رواه في الفقيه ٣:١٣٤ عن الحلبى ، عن أبى عبدالله عليه السلام .

سقوط الخيار باختيار عدم الفسخ أجنبي عن سقوطه بالاسقاط

و من ذلك تعرف أنّ سقوط الخيار باختيار عدم الفسخ أجنبي عن سقوطه بالاسقاط ، لانّ الاوّل سقوط بالاعمال و هو غير السقوط بالاسقاط ، و الفرق بينهما كالفرق بين سقوط الامر بالامتثال و سقوطه بالنسخ .

اللّهم الاّ أن يقال : اختيار عدم الفسخ راجع الى رفع اليد عن الفسخ و هو عين اسقاطه ، لكن هذا المقدار لا يوجب اتّحادهما مفهوماً و لا خارجاً ، فاختيار عدم النسخ استيفاء للخيار و اعمال له لا اسقاط له ، بل قد يقال بأنّه في ظرف اختيار عدم الفسخ لا يكون الفسخ ملكاً له كي يصحّ اعتبار اسقاطه ، لانّ الفسخ و عدمه نقيضان يمتنع اجتماعهما ، فيمتنع اعتبار الملكية لهما في عرض واحد ، فلو بني على ملكيّتهما لذي الخيار فهي بدلية ، فالمملوك ما هو المختار لا غير ، فاذا اختار عدم الفسخ كان ذلك اعمالاً للخيار و لا مجال لاعتبار كونه اسقاطاً له أصلاً .

و ممّا ذكرنا تعرف أنّه كان المناسب ذكر عدم الفسخ بديلاً للفسخ في هذا التعريف ، فيقال : الخيار ملك الفسخ أو عدمه ، و الاقتصار على ذكر الفسخ مسامحة كغيرها من المسامحات الواقعة في هذا التعريف الّتي أشرنا اليها ، و كان الاولى تعريفه بالخيار بين الفسخ و عدمه .

عدم دخول خيار المالك في الفضولي بين الرد و الاجازة في المقام

قوله رحمه الله : **و لعلّ التعبير بالملك .**

يظهر من التعبير بحرف الترجّي مع تعبيره في الموارد المتقدمة

بالملك و ما يأتي منه من التعبير بالقدرة و السلطنة ، أنّ المراد من الملك في كلامه نفس السلطنة الّتي هي من الاحكام لا الملكية الّتي هي موضوع السلطنة .

و لا يخفى أنّ جعل الخيار من هذا القبيل كما ترى ، سواء اريد منه نفس الحق الخيارى أو موضوع الحق ، أعني المحقوق يسقط بالاسقاط ، فانّ كلاً منهما موضوع للسلطنة لا نفسها .

ثمّ انّه لا مجال لتوهّم دخول خيار المالك في الفضولي بين الرد و الاجازة ، و كذا خيار الوارث بين ردّ العقد على ما زاد على الثلث و اجازته ، فانّ الرد ليس من قبيل الفسخ للعقد ، لعدم ترتّب أثر على العقد بدون الاجازة ، فأثر الردّ ليس فسخ العقد و انّما أثره رفع صلاحية العقد لتعلّق الاجازة به ، فلا مجال لتوهّم دخول ذلك في التعريف الّذي هو ملك الفسخ كما لعلّه ظاهر .

خيار المجلس

ثبوته لغير المالكين الاصيلين

الف : اذا كان وكيلاً في مجرد ايقاع العقد

قوله رحمه الله : لانّ المتبادر من النص .

لا يخفى أنّ الوكيل في اجراء الصيغة وكيل في ايقاع البيع و ايجاده ، فاذا أوقعه فقد فعله و هو فعله ، و البيع كسائر المشتقّات اسم لفاعل المبدأ و كذلك البائع ، نعم يفترق عن الوكيل في البيع انّه لا يقوم بشرائط الصحة كالعلم بالعوضين و القبض ، بخلاف الوكيل في البيع فانّه يقوم بايقاع البيع و شرائط صحته ، و هذا المقدار لايوجب فرقاً بينهما في صدق المشتق و عدمه .

بل الظاهر صدق المشتق عليهما معاً ، و ان كان صدقه على ما نحن فيه أخفى بخلاف صدقه على الوكيل في البيع بشرائطه فانّه أجلى ، و لذا لو كان الموقع المباشر هو المالك و كان الوكيل قائماً بشرائط الصحة اذا كان ممّا يقبل التوكيل كالقبض ، فانّه ممّا لا ريب في صدق البيع و البائع عليه ، و على هذا فدعوى تبادر غيره غير ظاهره .

نعم المنساق من النصوص كون الخيار مجعولاً ارفاقاً بالمالك لا تعبّداً لمصلحة ناشئة من مجرّد قيام المبدأ بالموقع ، و ذلك ممّا يوجب انصراف البيع عنه بلا فرق بين أقسامه ، و لا يكفي في الارفاق ثبوته للوكيل على نحو ليس له اعماله الاّ بنظر الاصيل ، اذ مع أنّه لا يتمّ مع ارادة

الاصيل الفسخ و امتناع الوكيل عـنه أنّ ثـبوته للـوكيل خـلاف الارفـاق بالمالك ،اذ العقد له و موضوعه ماله و ملكه و هو أجنبي عن ذلك فكيف يجعل له فيه الحق .

و عليه فلا يبعد كون قرينة الارفاق توجب ظهور البيع فيمن له البـيع و هو المالك ، و ان كان ظاهر المشتق من كان البيع فعله و هو المباشر له مالكاً كان أو وكيلاً ، لكن لازم ذلك أن يكون الاجتماع المنوط به الخيار و الافتراق المجعول غاية له اجتماع المالكين و افتراقهما ، و لكنّه خلاف ظاهر النصوص جدّاً ، اذ الظاهر من الافـتراق فـي النـصوص مـا يـقابل الاجـتماع الّــذي لابـدّ مـنه حـصول البـيع و هـو اجـتماع المـباشرين لا المالكين.

و الاولى أن يقال : انّ لفظ البيع و ان كان ظاهراً في مطلق من فعل البيع لكن قرينة الارفاق تـوجب ظـهوره فـي خـصوص المـالك ، و مـقتضى الجمود على ما تحت العبارة و ان كـان الاقـتصار عـلى صـورة مـباشرة المالك ، كما عن جامع المقاصد ، الاّ أنّ القرينة المذكورة توجب الغـاء قيد المباشرة فيتعدّى عن صورة المباشرة الى غيرها ، و مرجع ذلك الى ثبوت الخيار للمالك مطلقاً و ان لم يباشر و عدم ثبوته للوكيل مطلقاً في جميع أقسامه .

هذا بالنسبة الى قيد المباشرة ، و أمّا قيد الاجتماع و الافتراق فمقتضى الجمود على عبارة النصوص الاقتصار على اجتماع المالكين المباشرين و افتراقهما ، الاّ أنّ مناسبة الحكم و الموضوع تساعد على التعدّي في صورة التوكيل الى اجتماع الوكـيلين و افـتراقـهما لا اجـتماع المـالكين و افتراقهما .

و الّذي يوضح ما ذكرنا أنّه لو فرض ورود النصوص فـي خـصوص

الموارد الّتي كان المباشر فيها هو المالك، لا يظنّ التوقف في ثبوت الخيار للمالك في صورة التوكيل منوطاً باجتماع الوكيلين، فلاحظ و تأمّل.

قوله رحمه‌الله: **مضافاً الى أنّ مفاد أدلّة الخيار.**

هذا يتوقّف على أنّ حقّ الخيار قائم بالعين و لو بتبع قيامه بالعقد، و الاّ فلو كان قائماً بنفس العقد لا غير لم يتوقّف اعماله على السلطنة على العين أصلاً كي يكون دليله دالاً عليه بشرط ثبوت السلطنة على العين، و لعلّ المراد كونه منوطاً بالسلطنة الضمنية على الفسخ و لو بضميمة سلطنة الآخر عليه، فانّه لولا دليل الخيار يكون الفسخ تحت سلطنة المالكين معاً، اذ لا ريب في مشروعية التقابل.

فدليل الخيار يدلّ على أنّ الفسخ تحت سلطنة كلّ من المالكين و لو لم يرض الاخر، لكن هذا خلاف ظاهر العبارة.

و كيف كان فظهور الادلّة في ذلك غير واضح، و لا مأخذ له، و الاطلاق ينفيه لولا قرينة الارفاق، فلا ينبغي عدّ هذا وجهاً لنفي ثبوته للوكيل في قبال ظهور الدليل في الارفاق.

قوله رحمه‌الله: **ألا ترى أنّه لو شك المشتري.**

قد عرفت أنّ امتناع الرد لا ينافي الخيار و لا يوجب امتناع الفسخ، بناء على التحقيق من كون الخيار متعلقاً بالعقد، فكيف يمكن رفع الشك في جواز الرد باطلاق أدلّة الخيار.

و ايضاً لا مناسبة بين المقام و الامثلة المذكورة، فانّ الشك في السلطنة في الموارد المذكورة من جهة الشك في قصور المحل و أدلّة السلطنة لاتصلح لنفيها فضلاً عن أدلّة الخيار، أمّا الشك في سلطنة الوكيل على الفسخ فهو من الشك في قصور الفاعل و أدلّة الخيار تثبت السلطنة المطلقة، فترفع الشك المذكور لولا قرينة الارفاق، فالمقايسة بين المقامين غير واضحة.

قوله رحمه الله : **بعض أخبار هذا الخيار.**

مثل صحيح ابن مسلم : «المتبايعان بالخيار ثلاثة أيّام في الحيوان و فيما سوى ذلك من بيع حتى يفترقا» [1]، و ظهوره في وحدة من له الخيار في البابين واضح .

قوله رحمه الله : **و ان لم يكن من تعارض المطلق و المقيد.**

لانّ شرط التعارض التنافي و هو غير حاصل في المثبتين مثل : العالم يجب اكرامه ، و : العالم العادل يجب اكرامه .

قوله رحمه الله : **سياق الجميع يشهد باتحاد المراد.**

هذا لو تمّ اقتضى اختصاص الخيار بالمالك دون الوكيل .

قوله رحمه الله : **كما هو ظاهر الحدائق .**

ما ذكره في الحدائق يقتضيه الجمود على عبارة النص من دون ملاحظة قرينة الارفاق ، و لازمه جواز الفسخ و لو مع منع الاصيل .

هل يثبت للموكلين ؟

قوله رحمه الله : **لم يحنث ببيع وكيله.**

هذا يتوقّف على قصد الناذر المباشرة ، و لو قصد ما تحت العبارة فهو في محلّه .

قوله رحمه الله : **كالآلة للمالكين.**

هذا ادّعائي ، و كيف يكون الفاعل المختار كالآلة .

قوله رحمه الله : **شائعة .**

لكنّه مجاز نظير : بنى الامير المدينة ، فلا يحمل عليه الكلام من دون

---

۱ ـ عن محمد بن مسلم عن أبي عبدالله عليه السلام قال : المتبايعان بالخيار ثلاثة أيّام في الحيوان و فيما سوى ذلك من بيع حتّى يفترقا (التهذيب ۷:۲۳، عنه الوسائل ۱۸:۱۰).

قرينة ، و قد عرفت أنّ الاشكال في صدق البائع على المالك أولى من الاشكال في صدقه على الوكيل ، لعدم قيامه الاّ ببعض شروط العقد المتوقّف عليها الصحة .

اثبات الخيار لهما مع حضورهما في مجلس العقد

قوله رحمه الله : **مع حضورهما في مجلس العقد.**

قد عرفت أنّ الاجتماع المنوط به بقاء الخيار هو الاجتماع الّذي لابدّ منه في البيع و هو اجتماع الوكيلين ، و لذا اطلق في النصوص ذكر الافتراق و اجتماع المالكين و افتراقهما غير أجنبيان عن ذلك ، و من ذلك تعرف الاشكال في كلمات المصنف قدس سره .

ب : ان كان وكيلاً في التصرف المالي

قوله رحمه الله : **لعموم النص .**

قد عرفت أنّ أكثر الوجوه المتقدمة منه رحمه الله في نفي ثبوته للوكيل بالمعنى الاوّل جار هنا .

قوله رحمه الله : **اذا استندت الى الغلبة.**

قد عرفت استنادها الى قرينة الارفاق .

هل يثبت الخيار للموكلين ايضاً مع حضورهما؟

قوله رحمه الله : **الوجه الاخير.**

يعني وجه الثبوت للمالك ، و ما ذكره قدس سره في محلّه ، و انّما الاشكال في ثبوته للوكيل ، و اشكل منه ثبوته لهما ، فانّ لفظ البيع لا يصلح لارادة المعنيين معاً ، و عموم المجاز و ان كان ممكناً عقلاً لكنّه يحتاج الى قرينة ظاهرة ، و هي مفقودة .

قوله رحمه الله : **و هذا فرض من .**

العمدة في الفرق أنّ الحقّ المجعول حق واحد ثابت للجامع بين الافراد ، فاذا سبق واحد منهم الى استيفائه سقط بالاستيفاء ، سواء كان استيفاؤه بالامضاء أو بالفسخ ، فلو كان الحق متعدّداً بتعدّد أفراد الجانب الواجد ، فان سبق أحد منهم الى استيفائه لم يسقط حق الباقين، فلو سبق أحدهم الى استيفائه بالامضاء كان للاخر استيفاء حقه بالفسخ ، نعم لو سبق أحدهم الى استيفائه بالفسخ انتفى الموضوع ، فلا مجال لاستيفاء الآخر حقّه بالامضاء .

هذا ، و كأنّ الوجه في كون ثبوت الحق في المقام على هذا النحو اطلاق موضوع الخيار و هو البيع ، فانّ مقتضى الاطلاق ثبوت الخيار لصرف الطبيعة المقتضي بكون الحق واحداً لموضوع واحد ، و حمله على الطبيعة السارية خلاف الاطلاق .

لكن هذا مبني على عموم البيع للمالك الموكل و العاقد الوكيل ، بحيث تكون نسبته الى المالك و الوكيل نسبة واحدة ، فلو فسخ الوكيل لم يكن للمالك الامضاء و بالعكس .

و ربّما ينافي هذا ما ذكره رحمه الله سابقاً في مناقشة الحدائق بقوله رحمه الله : «و أضعف منه تعميم الحكم ـ الخ » ، اللّهم الاّ أن يكون مقصوده ترتّب الاثر على السابق اذا كان وكيلاً في ظرف عدم منع الموكّل ، فلاحظ .

هل يعتبر تفرقهما عن مجلسهما حال العقد أو عن مجلس العقد أو بتفرق المتعاقدين أو بتفرق الكل ؟

قوله رحمه الله : **فهل العبرة فيه بتفرقهما عن مجلسهما .**

مبنى الاحتمالات المذكورة أنّ ثبوت الخيار للوكيلين من جهة عموم البيع لهما أو من جهة الفحوى ، و على الاوّل فالمضاف اليه التفرق مطلق

الطبيعة أو الطبيعة المطلقة، و على الثاني فالافتراق مقابل الاجتماع حال العقد مطلقاً أو في خصوص مجلس العقد أو في مقابل اجتماع العاقدين فقط.

فالثالث مبني على الاخير، و الثانى مبني على ما قبله، و الاوّل مبني على ما قبله، و الرابع مبني على ما قبله، و لم يذكر احتمال الاكتفاء بخروج واحد أصيلاً أو وكيلاً، فيسقط به الخيار، و هو أحد المحتملات، و يبني على أوّل الوجوه الموافق لاطلاق الدليل بناء على عموم البيع للاصيل و الوكيل معاً.

قوله رحمه الله: **أو بتفرق الكلّ.**

يعني عن مجلس العقد كما يأتي منه رحمه الله بيانه.

هل للموكل تفويض الامر الى الوكيل؟

قوله رحمه الله: **تفويض الامر الى الوكيل.**

يعني نقل الحق الى الوكيل، فيكون ذا حق دون الملك.

قوله رحمه الله: **الاقوى العدم لانّ المتيقن من الديلى ثبوت الخيار للعاقد.**

لا ينبغي التأمّل في أنّ دليل الخيار ليس مرجعاً في المقام، لانّه انّما يتعرّض لمجرّد ثبوته لاهله شرعاً، امّا جواز نقله من مستحقّه الى غيره فيكون مجعولاً مالكيّاً فالمرجع عيه غيره، فان كان الشك في قابلية نقله و عدمها فلا دليل يقتضي اثبات هذه القابلية و المرجع أصل العدم، و ان كان الشك في قدرة ذي الخيار على نقله مع احراز قابلية الحق لذلك فقاعدة السلطنة على الحق كقاعدة السلطنة على المال تقتضي بعمومها ثبوت قدرته.

و من ذلك تعرف الاشكال في استدلال المصنف رحمه الله على العدم.

و بالجملة الكلام ليس في الجعل الشرعى كي يرجع الى أدلّة الجعل،

و انّما هو في الجعل المالكي ، فيرجع فيه الى دليـل سـلطنة المـالك ان امكن.

عدم ثبوت الخيار للفضوليين

قوله ﵀ : **لاندفاعه بأنّ البيع النقل العرفي.**

هذا الاندفاع غير ظاهر ، فانّ البيع في لسان الشارع اذا اخذ موضوعاً لحكم شرعي فالمراد منه البيع الشرعي لا غير ، نعم مقتضى الاطلاقات المقامية أنّ البيع الشرعي هو البيع العرفي ، لكن ذلك حيث لا دليل على خلافه كما هو المفروض .

قوله ﵀ : **و يندفع ايضاً .**

هذا غير ظاهر ايضاً ، فانّه لا ينبغي التأمّل في عدم الخيار في الصرف و السلم قبل القبض ، بل كيف يصحّ اعتبار الخيار مع عدم ترتّب الاثر على العقد كي يكون مورداً للفسخ .

قوله ﵀ : **لا يصح على مذهب الشيخ .**

لكنّه اشكال على الشيخ و تابعيه ، و لا بدّ لهم من التصرف في ظـاهر الدليل ، فيراد من البيع انشاء البيع الجامع لشرائط ترتيب الاثر لولا الخيار ، و كذا الكلام لو بني على ثبوت الخيار قبل القبض في السلم و الصرف .

قوله ﵀ : **فالوجه في عدم ثبوته للفضوليين .**

الكلام في الفضولي بعد الاجازة هو الكلام في الوكيل بعينه ، فراجع ، نعم بناء على أنّ الاجازة عقد مستأنف لا مجال لاحتمال ثبوت الخـيار للفضولي لو بني على الغضّ عن قرينة الارفـاق ، كـما بـني عـلى ثـبوته للوكيل لعدم صدق البيع عليه كما كان يصدق على الوكيل .

قوله ﵀ : **على ما تقدّم توضيحه.**

على هذا لو كان أحدهما مالكاً و الآخر فضوليّاً فلا بـد مـن اجـتماع

المجيز و الاصيل من مجلس العقد الى مجلس الاجازة، لانّ العقد تألّف من الاجازة و انشاء المالك، فهما كالايجاب و القبول.

قوله ﵀ : **التزمت، فتأمّل.**

لعلّه اشارة الى أنّ الالتزام الحاصل بالاجازة ليس بآكد من الالتزام الحاصل بالايجاب و القبول.

قوله ﵀ : **فلو تبايع غاصبان.**

هذا ليس من فروع المقام بل من فروع الفضولي.

في حكم ثبوت الخيار لشخص واحد من حيث كونه بايعاً و مشترياً

قوله ﵀ : **و جعل الغاية التفرق.**

لا يخفى أنّ منشأ الاشكال في ثبوت الخيار في المقام أمران:

١ ـ قوله ﵇ : «البيعان»[١]، فانّه موضوع للتثنية و لا بدّ فيها من التعدّد.

٢ ـ قوله ﵇ : «حتّى يفترقا»، اذ الافتراق لا يكون الاّ في المتعدّد.

لكنّ الّذى يوهن الاشكال من الجهة الاولى أنّ التثنية المذكورة ليست بالاضافة الى طبيعة واحدة، ليكون المراد فردين فلا تصدق على الفرد الواحد، بل هي بالاضافة الى طبيعتين، و هما طبيعة البائع و المشتري، و التثنية مبنيّة على التغليب فهي مجاز، و المراد منها البائع و المشتري، و الظاهر من مثل هذا التعبير هو طبيعة البائع و المشتري لأنّه الاصل في اللفظ الموضوع للطبيعة، و حمله على الفرد يحتاج الى قرينة عناية،

---

١ ـ عن محمد بن مسلم عن أبي عبدالله ﵇ قال: قال رسول الله ﷺ : البيعان بالخيار حتّى يفترقا (الكافي ٥: ١٧٠، عنه الوسائل ١٨: ٥).

عن فضيل عن أبي عبدالله ﵇ في حديث قال: قلت له: ما الشرط في غير الحيوان؟ قال: البيعان بالخيار ما لم يفترقا فلا خيار بعد الرضا منهما (الكافي ٥: ١٧٠، التهذيب ٧: ٢٠، الخصال: ١٢٧، عنهم الوسائل ١٨: ٥).

و على هذا فمقتضى الاطلاق ثبوت الحكم للطبيعتين و ان اجتمعتا في وجود واحد ، فالاشكال من هذه الجهة ضعيف .

و أمّا الاشكال من الجهة الثانية فمحكّم ، اذ الافتراق بعد ما كان مفهوماً و ذاتاً موقوفاً على الاثنينية في الوجود يكون اقتران الكلام به موجباً لرفع الاطلاق، لأنّه لا أقلّ من كونه صالحاً للقرينية على تعدّد الوجود ، و بذلك افترق عن صورة عدم امكان الافتراق خارجاً و وجوداً كما اذا كانا في سجن واحد مؤبّداً أو ملتصقين بحيث يمنع فصلهما و افتراقهما .

فانّ امتناع الافتراق في هذه الموارد لايقدح في ثبوت الخيار ، لانّ الحكم المغيّا بغاية لا يختص بصورة امكانها بل يعمّ صورة امتناعها ، لانّ الامكان و الامتناع من هذه الجهة خارجان عن مفهوم الكلام ، فلا يتقيّد بهما بخلاف الامتناع بالنظر الى المفهوم ، فانّه داخل في مفهوم الكلام فيمنع من عمومه و اطلاقه .

و من هنا يظهر أنّ البناء على عدم الخيار في الفرض متعيّن، و أمّا دعوى تنقيح المناط في المقام فيثبت لاجله الخيار فغير واضحة .

و من ذلك تعرف أن قوله عليه السلام : «ما لم يفترقا» مانع من اطلاق الحكم بالخيار ، من دون فرق بين أن يكون قيداً للموضوع و أن يكون قيداً للحكم ، و ان كان الثاني أظهر ، كما هو الاصل في القيود .

في استثناء بعض أشخاص المبيع عن ثبوت خيار المجلس

١ ـ من ينعتق على المشترى

قوله رحمه الله : **فلا اشكال في ثبوت الخيار .**

لانّ الاشكال انّما جاء من الانعتاق المترتّب على الملك ، فاذا بني على عدم الملك قبل انقضاء زمان الخياز انتفى منشأ الاشكال .

قوله رحمه الله : **لانّ مقتضى الادلّة الانعتاق بمجرد الملك .**

هذا مسلّم ، لكن يمكن الاشكال بمعارضة الادلّة المذكورة بالادلّة الدالّة على ثبوت الخيار ، بناء على كونه متعلّقاً بالعين ، و بين الطائفتين عموم من وجه ، فكما يمكن تخصيص أدلّة الخيار باخراج المورد منها عملاً باطلاق أدلّة الخيار ، فالبناء على الاوّل يحتاج الى مرجّح .

نعم لو بني على عدم تعلّقه بالعين و أنّه متعلّق بالعقد لم تكن مزاحمة بين مقتضى الدليلين و لا معارضة بين مدلوليهما ، و حينئذ لا مانع من الاخذ باطلاق كلا الدليلين ، فيبنى على الانعتاق و ثبوت الخيار .

اللّهم الاّ أن يستشكل في الخيار من أحد وجوه :

١ ـ انّ شراء المبيع المنعتق على المشتري اتلاف له في الحقيقة ، و سيجيء سقوط الخيار بالاتلاف .

و فيه انّ الاتلاف انّما يكون مسقطاً للخيار اذا كان كاشفاً عرفاً عن الالتزام بالعقد أو اسقاط الخيار لا أنّه مسقط تعبّداً ، و حصول هذا الكشف غير ظاهر في المقام .

و منه يندفع ايضاً توهّم سقوط خيار البائع ، بدعوى أنّ بيعه على من ينعتق عليه اقدام على اتلافه و اخراجه عن المالية ، مع أنّه لو سلّم ذلك كان فسخاً ، لانّ تصرّف ذي الخيار فيما انتقل عنه فسخ للعقد .

٢ ـ انّ الاصحاب قدّس سرّهم قد ذكروا قاعدتين مترتّبتين تتفرّع احداهما على الاخرى :

الف : قاعدة الضمان قبل القبض ، و مرجعها الى أنّ المبيع اذا تلف قبل قبض المشتري له يكون مضموناً له بالمسمّى على البائع ، يعني يكون التلف كاشفاً عن انفساخ المعاملة قبل التلف آناً ما ، فيرجع الثمن الى ملك المشتري .

ب : انتقال الضمان بالقبض ، و مرجعها الى أنّ قبض المشتري للمبيع يوجب كون ضمانه عليه ، بمعنى أن لو فسخ العقد يرجع البائع عليه

بالعين ان كانت موجودة و ببدلها ان كانت تالفة ، و لمّا امتنع تطبيق القاعدة الاولى في المقام ، لانّ تقدير المبيع ملكاً للبائع قبل الانعتاق الّذي هـو بحكم التلف مانع من الانعتاق على المشتري ، فاذا امتنعت القاعدة الاولى امتنعت القاعدة الثانية لكونها متفرّعة عليها ، و اذا امتنع ضمان المشتري امتنع الفسخ لامتناع رجوع العين و بدلها الى البائع ، أمّا العين فللانعتاق و أمّا البدل فلفرض عدم الضمان .

و فيه انّ تفرّع القاعدة الثانية على الاولى غير ظـاهر ، اذ لا يـجمعهما دليل واحد كي يتوهّم ذلك ، فهما قاعدتان مستقلّتان ، و تعبير الاصحاب بقولهم : «و بالقبض ينتقل الضمان» لا يقتضي ذلك ، مع أنّ امتناع القاعدة الاولى فـي المـقام ليس لامـتناع حكـمها بـل لامـتناع مـوضوعها ، لانّ الانعتاق على المشتري بمنزلة قبضه ، فلاحظ .

٣ ـ انّ ثبوت الضمان على المشترى بالقبض لا دليل عليه لفظي كـي يتمسّك باطلاقه ، و العمدة في دليله الاجماع على جواز الاقالة مع التلف و هو غير ثابت في المقام .

و فيه انّ المستفاد من كلماتهم في مبحث الاقالة مشروعيّتها حتّى مع التلف ، و الظاهر أنّه لا خلاف في مشروعيّتها هنا ، و انّما هو في ثبوت الخيار لكلّ من المتبايعين على سبيل الاستقلال من جهة قـصور الادلّـة ذاتاً أو عرضاً .

فالاولى في تقرير المنع ما أشرنا اليه من أنّ الخيار و ان كان في نفسه لا يمنع عنه التلف لكن نصوص الباب بقرينة الارفاق ظاهرة فـي ثـبوت الخيار في ارجاع العين بالفسخ ، فمع وجود المانع عن الارجاع لا مجال للخيار .

فيدور الامر بين تخصيص أدلّة الخيار و تخصيص ما دلّ على الانعتاق بمجرّد الملك ، و تخصيص ما دلّ على عدم رجوع الحرّ رقّاً ، و لاجل أنّ

عموم الاخيرين قويّ جدّاً بل الظاهر الاجماع على امتناع تخصيصهما يتعيّن تخصيص أدلّة الخيار لا أقلّ من وجوب الرجوع الى عمومات اللزوم بعد كون التعارض بين الادلّة بنحو العموم من وجه ، و لو بني على منع تعلّق الخيار بالعين أصلاً و لو تبعاً للعقد ، فلا مانع من الخيار و لا من عموم الادلّة للمقام ، من دون فرق بين صورة العلم بالانعتاق بالملك و عدمه ، و مجرّد العلم بذلك لايوجب اسقاط الحق الخياري لعدم المنافاة بينهما حتّى يكون الاقدام على احدهما اقداماً على عدم الآخر .

و من ذلك تعرف الاشكال في كلمات المصنف ﷺ و كلام المقابيس ، فلاحظ .

٢ ـ العبد المسلم المشترى من الكافر

قوله رحمه الله : و منها العبد المسلم.

قد تقدّم في مسألة عدم جواز بيع المسلم على الكافر انّه بناء على عدم تمامية دلالة آية نفي السبيل على امتناع ملكية الكافر للمسلم لا مانع من الخيار فيتعيّن العمل بعموم دليله ، و بناء على تمامية دلالتها على ذلك أو قيام دليل آخر عليه يمتنع الخيار فيتعيّن تخصيص دليل الخيار .

و الظاهر أنّه لا فرق في ذلك بين القول بتعلّق الخيار بالعين و عدمه ، اذ على الثاني لا مجال في المقام للرجوع الى البدل ، اذ هو انّما يمكن في التلف و ما بحكمه و ليس منه المقام ، اذ لا قصور في العبد و انّما القصور في البائع المانع من تملّكه للمسلم كما هو الظاهر ، و لاجل أنّه لا دليل على امتناع ملك الكافر للمسلم فالوجه في المقام ثبوت الخيار عملاً بأدلّته.

٣ـ شراء العبد نفسه

قوله رحمه الله: و منها شراء العبد نفسه.

لا يخفى أنّ الكلام تارة يكون بناء على عدم ملك العبد، و اخرى بناء على ملكيّته في الجملة، فعلى الاولى لا وجه لثبوت الخيار، لعدم كون البيع على حقيقته، فانّ المال كلّه مال المولى و تبديل بعض المال ببعض لا معنى له، لانّ البدلية تتوقّف على أن يكون للمبدّل منه عنوان خاص كي يصحّ اعتبار بدلية البدل له و صيرورته بدلاً عنه في حفظ ذلك العنوان، فليس الشراء على هذا المبنى الاّ صوريّاً، و نتيجته خروج العبد عن الرقيّة تعبّداً.

و أمّا على الثاني فالشراء حقيقي لصحة اعتبار البدلية، فانّ الثمن قبل الشراء كان ملكاً للعبد و بعده صار ملكاً للمولى، و العبد قبل الشراء كان ملكاً لمولاه و بعده خرج عن الرقيّة للمولى و صار حرّاً.

نعم يشكل ذلك بناء على أنّ البيع تمليك، اذ لا يعقل ملك العبد لنفسه فكيف يصح تمليكه نفسه، لكن عرفت في أوّل مبحث البيع أنّ التمليك و الملكيّة خارجان عن حقيقته و ليس هو الاّ البدلية بين المالين، فان لم يكن مانع من دخول كلّ من العوضين في ملك من خرج الآخر عنه تحقّق التمليك و الاّ فلا، كما في الشراء من مال الزكوة و مال الوقف و من ينعتق على المشتري، بناء على عدم دخول العمودين في ملك القريب أصلاً، لا آناً مّا، و لا مستقرّاً كما في المقام، لما عرفت من أنّ اضافة الملكيّة لاتقوم بطرف واحد بل لابدّ لها من طرفين متغايرين.

و من هنا يظهر لك الاشكال فيما ذكره بعض الاعاظم قدس سره في درسه من امكان ذلك، و انّه لاينافي ملكية العبد لنفسه عدم تسلّطه على بيع نفسه، فانّ الملكيّة لاتلازم السلطنة.

و مثله في الاشكال ما ذكره في دفع الاشكال على دعوى كون العبد مالكاً لماله ، و أنّ العبد و ما يملك ملك للمولى ، من أنّه يلزم أن يكون مال العبد ملكاً له و المولى ، و لا يمكن اجتماع المالكين على مملوك واحد ، و كيفية الدفع أنّ المال الواحد لا يمكن اجتماع مالكين عليه في عرض واحد ، و أمّا طولاً فلم يقم على امتناعه دليل .

وجه الاشكال :

أوّلاً بأنّ أخذ الملكيّة الاولى الّتي للعبد في موضوع الملكيّة الثانية الّتي للمولى غير معقول ، اذ الملكيّة من الاعتبارات المحضة الّتي ليس لها ما بحذاء في الخارج ، فيمتنع أن تكون مملوكة لمالك و لا تكون طرفاً لاضافة الملكيّة ، و شرط التمليك في ضمن العقد انّما صحّ بناء على أنّ الشرط مملوك للمشروط له كما هو الظاهر ، فذلك باعتبار ايقاع السبب من المشروط عليه ، و هو الانشاء على النحو الخاص و هو أمر حقيقي كما لعله ظاهر .

و ثانياً : انّ هذا الاختلاف لا يصحّح تعدّد المالك مع وحدة الذات ، فلا يصحّ أن يكون ذات الشيء ملكاً لمالك و ذاته بما هي موصوفة ملكاً لمالك آخر ، و لاجل ذلك لابدّ من القول بأنّ البناء على أنّ العبد مالك لماله مانع من البناء على كون مال العبد ملكاً للمولى ، بل ليس له الاّ نفس العبد لا غير .

ثمّ انّ الكلام في ثبوت الخيار هنا بعينه الكلام في ثبوته في مسألة شراء من ينعتق على المشتري ، بل الثبوت هنا أشكل ، لامكان تأتّي دعوى كون حقّ الخيار مانعاً عن الانعتاق في تلك المسألة بخلاف المقام ، لامتناع تملّك العبد نفسه هنا ، فلا بد من تحقّق الانعتاق .

نعم لو بني على امكان رجوع الحرّ الى الرقية هناك أمكن القول بها هنا ، فلاحظ .

٤ ـ اشتراء الجمد في شدة الحر

قوله رحمه الله : **لو اشترى جمداً في شدة الحرّ ففي الخيار اشكال .**

لعلّه من جهة احتمال كون الخيار في المقام قائم بالعين، فيسقط بتلفها مطلقاً و لو تدريجيّاً .

فهرس الموضوعات